Die ursprüngliche teilweise Unmöglichkeit der versprochenen Leistung, insbesondere die teilweise Nichtexistenz des geschuldeten Gegenstandes nach dem Gemeinen Recht und dem Recht des Bürgerlichen Gesetzbuches.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

der

Juristischen Fakultät

der

Landes-Universität Rostock

vorgelegt

von

Felix Kaplan

Referendar am Königl. Oberlandesgericht zu Königsberg i. Pr.

Berlin 1903.

Buchdruckerei von Gustav Schade (Otto Francke)

Linienstrasse 158.

Meinen Eltern

gewidmet.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41549207_0003

Litteratur.

I. Lehrbücher und Kommentare des Gemeinen Rechts.

1. Arndts, Lehrbuch der Pandekten. 14. Aufl. Stuttgart 1889.
2. Baron, Pandekten. 9. Aufl. Leipzig 1896.
3. Bekker, System des heutigen Pandektenrechts. Weimar 1889.
4. Böcking, Pandekten. 2. Aufl. Bonn und Leipzig 1853.
5. Brinz, Lehrbuch der Pandekten. 2. Aufl. Erlangen 1879/82.
6. Corpus juris civilis, herausgegeben von Crueger und Mommsen. Ed. septima. Berlin 1895.
7. Dernburg, Pandekten. 6. Aufl. Berlin 1900.
8. Glück, Ausführliche Erläuterung der Pandekten. Band 8. Erlangen 1807.
9. Ders., Ausführliche Erläuterung der Pandekten. Band 16. Erlangen 1814.
10. Hölder, Pandekten. Freiburg i/Br. 1891.
11. v. Keller, Pandekten. 2. Aufl. Leipzig 1867.
12. Puchta, Pandekten. 12. Aufl. Leipzig 1877.
13. Regelsberger, Pandekten. Leipzig 1893.
14. v. Savigny, System des heutigen röm. Rechts. Berlin 1840.
15. Ders., Das Obligationenrecht als Teil des heutigen röm. Rechts. Berlin 1851/53.
16. Sintenis, Das praktische gemeine Civilrecht. 3. Aufl. Leipzig 1869.
17. Thibaut, Versuche über einzelne Teile der Theorie des Rechts. Jena 1801.
18. Unterholzner, Lehre des röm. Rechts von den Schuldverhältnissen. Leipzig 1840.
19. v. Vangerow, Lehrbuch der Pandekten. 7. Aufl. Marburg und Leipzig 1867.
20. v. Wächter, Pandekten. Leipzig 1881.
21. Wendt, Lehrbuch der Pandekten. Jena 1888.
22. v. Wening-Ingenheim, Lehrbuch des gemeinen Civilrechts. 5. Aufl. München 1837/38.
23. Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts. 7. Aufl. Frankfurt a/M. 1891.

II. Kommentare, Materialien und Lehrbücher des Bürgerlichen Gesetzbuches.

1. v. Buchka, Vergleichende Darstellung des Bürgerl. Gesetzbuches für das Deutsche Reich und des Gemeinen Rechts. Berlin 1897.
2. Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerl. Rechts auf der Grundlage des B.G.B. für das Deutsche Reich. Jena 1898.

3. Crome, System des deutschen bürgerl. Rechts. Tübingen und Leipzig 1902.
4. Dernburg, Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preussens. Bd. 2. 2. Aufl. Halle 1901.
5. Endemann, Lehrbuch des bürgerl. Rechts. 8. Aufl. Berlin 1902.
6. Enneccerus-Lehmann, Das bürgerliche Recht. 2. Aufl. Marburg 1901.
7. Fischer-Henle, Handausgabe des Bürgerl. Gesetzbuches mit Anmerkungen. 3. Aufl. München 1899.
8. Goldmann-Lilienthal, Das Bürgerliche Gesetzbuch systematisch dargestellt. Bd. 1. Berlin 1901.
9. Heilfron, Lehrbuch des bürgerl. Rechts. 2. Aufl. Berlin 1900/02.
10. Kipp, 8. Aufl. von Windscheids Pandekten unter vergleichender Darstellung des deutschen bürgerl. Rechts. Frankfurt a/M. 1900.
11. v. Kübel, Vorlagen der Redaktoren zum Entwurf eines Bürgerl. Gesetzbuches f. d. Deutsche Reich. Buch II. 1882.
12. Kuhlenbeck, Von den Pandekten zum B.G.B. Jena 1899.
13. Leonhard, Der allgemeine Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches. Berlin 1900.
14. Matthiass, Lehrbuch des bürgerl. Rechts. 3. u. 4. Aufl. Berlin 1900.
15. Meisner, Das Recht der Schuldverhältnisse. Kommentar zum 2. Buche des deutschen Bürgerl. Gesetzbuches. Breslau 1898.
16. Motive zum Entwurf eines Bürgerl. Gesetzbuches f. d. Deutsche Reich. Bd. II. 2. Aufl. Berlin 1896.
17. Oertmann, Kommentar zum Bürgerl. Gesetzbuch. Das Recht der Schuldverhältnisse. Berlin 1899.
18. Planck, Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz. 1. u. 2. Aufl. Berlin 1902.
19. Protokolle der Kommission für die 2. Lesung des Entwurfs des Bürgerl. Gesetzbuches, bearbeitet von Achilles, Gebhard, Spahn. Bd. II. Berlin 1898.
20. Rehbein, Das Bürgerliche Gesetzbuch mit Erläuterungen für das Studium und die Praxis. Bd. II. Berlin 1902.
21. Scherer, Recht der Schuldverhältnisse des Bürgerlichen Gesetzbuches f. d. Deutsche Reich. Erlangen 1899.
22. Staudinger, Kommentar zum B.G.B. f. d. Deutsche Reich. München 1900.
23. Schollmeyer, Kommentar zum Bürgerl. Gesetzbuch. Recht der Schuldverhältnisse. München 1900.
24. Stammler, Das Recht der Schuldverhältnisse in seinen allgemeinen Lehren. Berlin 1897.

III. Abhandlungen und Spezialschriften.

a) Des Gemeinen Rechts.

1. Arndts, Fortsetzung von Glücks Kommentar. Bd. 46. Erlangen 1868.
2. Bachofen, Das röm. Pfandrecht. Basel 1847.
3. Bechmann, Der Kauf nach Gemeinem Recht. 1. u. 2. Teil. Erlangen 1867/84.
4. Bernhöft, Beitrag zur Lehre vom Kaufe. In Iherings Jahrbüchern für die Dogmatik. Bd. 14 S. 133 ff. Jena 1875.

5. Brandis, „Über absolute und relative Nichtigkeit“. In der Zeitschrift für Civilrecht und Prozess. Bd. 7. Giessen 1834.
6. Burchardi, Die Lehre von der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand. Göttingen 1831.
7. Cohnfeldt, Die Lehre vom Interesse. Leipzig 1865.
8. Dernburg, Das Pfandrecht nach den Grundsätzen des heutigen röm. Rechts. Bd. 1. Leipzig 1860.
9. Eisele, Zur Diagnostik der Interpolationen in den Digesten und im Codex. In der Zeitschrift der Savignystiftung für Rechtsgeschichte. Romanistische Abteilung. Bd. 7. Weimar 1886.
10. Enneccerus, Rechtsgeschäft, Bedingung und Anfangstermin. Marburg 1889.
11. Gradenwitz, Interpolationen in den Pandekten. Berlin 1887.
12. Hanauseck, Die Haftung des Verkäufers für die Beschaffenheit der Ware. Berlin 1887.
13. Hartmann, Die Obligation. Erlangen 1875.
14. Ders., Juristischer Casus und seine Prästation bei Obligationen auf Sachleistung, insbesondere beim Kauf. In Iherings Jahrbüchern. Bd. 22. Jena 1884.
15. Hesse, Zur Lehre von Dolus und Culpa. Im Archiv für die civilistische Praxis. Bd. 61. Tübingen und Leipzig 1878.
16. Heerwart, Über die Exceptio non adimpleti contractus und non rite adimpleti contractus. Im Archiv für die civilistische Praxis. Bd. 7. Heidelberg 1824.
17. Herrmann, 3 Beiträge über den Einfluss des Irrtums auf den Consens bei Verträgen. In der Zeitschrift für Civilrecht und Prozess. Neue Folge Bd. 7. Giessen 1850.
18. Hoffmann, Von dem Einflusse des Irrtums über den Gegenstand und die Person, sowie über die physischen Eigenschaften derselben bei Verträgen. In seinen und Fuhrs civilistischen Versuchen. 1. Heft. 7. Abhandlung. Darmstadt 1835.
19. Hofmann, Über das Periculum beim Kaufe. Wien 1879.
20. v. Ihering, Culpa in contrahendo, oder Schadensersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfection gelangten Verträgen. In seinen Jahrbüchern für die Dogmatik. Bd. 4. Jena 1860.
21. Ders., Das Schuldmoment im röm. Privatrecht. Giessen 1867.
22. Leonhard, Der Irrtum bei nichtigen Verträgen nach röm. Recht. Berlin 1882/83.
23. Mommsen, Beiträge zum Obligationenrecht. Bd. III. Die Lehre von der Mora nebst Beiträgen zur Lehre von der Culpa. Braunschweig 1855.
24. Ders., Erörterungen aus dem Obligationenrecht. Braunschweig 1859.
25. v. Madai, Die Lehre von der Mora. Halle 1836.
26. Müller, Die Eviktion. Halle 1851.
27. Pfersche, Zur Lehre vom sogen. Error in substantia. Graz 1880.
28. Puntschart, Die fundamentalen Rechtsverhältnisse des röm. Privatrechts. Innsbruck 1885.

29. Renaut, Zur Lehre vom Einflusse des Irrtums in der Sache auf die Gültigkeit der Kaufverträge mit Rücksicht auf v. Savigny „Der Error in substantia (System III)". Im Archiv für die civilistische Praxis. Bd. 28. Heidelberg 1846.
30. Richelmann, Der Einfluss des Irrtums auf Verträge. Hannover 1837.
31. Rosshirt, Die Lehre von den Vermächtnissen nach röm. Recht. Heidelberg 1835.
32. Salkowski, Fortsetzung von Glücks Erläuterung der Pandekten. Bd. 49. Erlangen 1889.
33. Schall, Der Parteiwille im Rechtsgeschäft. Erlangen 1877.
34. Scheurl, Zur civilistischen Litteratur: „Die Obligation von Dr. Gustav Hartmann". In der kritischen Vierteljahresschrift von Brinz und Pözl. Bd. 18. München 1876.
35. Schirmer, Zur Lehre von dem Periculum casus bei Obligationen. In der Zeitschrift für Rechtsgeschichte. Bd. 10 S. 70 ff. Weimar 1872.
36. Ude, Über die Bedeutung des Satzes: „Impossibilium nulla obligatio". Im Archiv für die civilistische Praxis. Bd. 48 S. 246 ff. S. 366 ff. Heidelberg 1865.
37. v. Wächter, Über die Frage, wer hat bei Obligationen die Gefahr zu tragen? Im Archiv f. d. civilistische Praxis. Bd. 15 S. 97 ff. Heidelberg 1832.
38. Westphal, Lehre des Gemeinen Rechts vom Kauf-, Pacht-, Miet- und Erbzinskontrakt. 2. Abdr. Leipzig 1807.
39. Windscheid, Lehre von der Voraussetzung. Düsseldorf 1850.
40. Ders., „Beiträge zum Obligationenrecht. 1. Abteil., von Friedrich Mommsen". In der Heidelberger kritischen Zeitschrift für die gesamte Rechtswissenschaft. 2. Bd. S. 106 ff. Heidelberg 1855.
41. v. Ziegler, Über Betrug beim Vertragsabschluss. Inaug.-Dissert. München 1870.
42. Zimmermann, 2 Rechtsfälle, als Beitrag zur Lehre von der Nichtigkeit der Verträge wegen Unmöglichkeit der übernommenen Leistung und von der Culpa in contrahendo. In Iherings Jahrbüchern für die Dogmatik. Bd. 13. Jena 1874.
43. Zitelmann, Irrtum und Rechtsgeschäft. Leipzig 1879.

b) Des Bürgerlichen Gesetzbuchs.

1. Bernhöft, Kauf, Miete und verwandte Verträge in dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich. In den Beiträgen zur Beurteilung des Entwurfs eines B.G.B. von Bekker und Fischer. Heft 12. Berlin 1889.
2. Goldschmidt, Kritische Erörterungen zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. 1. Heft. Leipzig 1889.
3. Hass, Adäquater und inadäquater Causalzusammenhang. In Iherings Jahrbüchern für die Dogmatik. Bd. 37 S. 327 ff. Jena 1897.
4. Kleineidam, Einige Streitfragen aus der Unmöglichkeitslehre des B.G.B. In Iherings Jahrbüchern für die Dogmatik. Bd. 43 S. 105 ff. Jena 1901.

5. Kisch, Der Schadensersatz wegen Nichterfüllung bei gegenseitigen Verträgen. In Iherings Jahrbüchern für die Dogmatik. Bd. 44 S. 68 ff. Jena 1902.
6. Rümelin, Die Gründe der Schadenszurechnung und die Stellung des deutschen Bürgerlichen Gesetzbuchs zur objectiven Schadensersatzpflicht. Freiburg i/Br. und Leipzig 1896.
7. Schöller, Der Schadensersatz wegen Nichterfüllung bei gegenseitigen Verträgen nach dem B.G.B. In Gruchots Beiträgen zur Erläuterung des deutschen Rechts. Bd. 44, 45. Berlin 1900/01.
8. Ders., Die Folgen schuldhafter Nichterfüllung, insbesondere der Schadensersatz wegen Nichterfüllung bei Kauf, Werkvertrag, Miete und Dienstvertrag nach dem B.G.B. In Gruchots Beiträgen zur Erläuterung des deutschen Rechts. Bd. 46. Berlin 1902.
9. Ubbelohde, Die Befreiung des Schuldners bei Vereitelung der Leistung nach dem Entwurf des Bürgerlichen Gesetzbuches in II. Lesung (§§ 232 u. 235). Im Archiv für die civil. Praxis. Bd. 85 IV. S. 118 ff. Freiburg i/Br. und Leipzig 1895.

IV. Sammlungen von Rechtsentscheidungen.

1. Entscheidungen des Reichs-Oberhandelsgerichts. Bd. XI. S. 368.
2. Entscheidungen des Reichsgerichts in Civilsachen. Bd. 33. S. 221.
3. Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte. Bd. 32.
4. Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte. Bd. 54.

V. Lehrbücher der Partikularrechte.

1. Crome-Zachariae, Handbuch des französischen Civilrechts. 8. Aufl. Freiburg 1894.
2. Dernburg, Preussisches Privatrecht. 5. Aufl. Halle 1893/97.
3. Unger, System des österreichischen allgemeinen Privatrechts. 5. Aufl. Leipzig 1892.

VI. Monographieen.

1. Biermann, Zur Lehre von der Unmöglichkeit der Leistung im bürgerlichen Recht. Im Archiv für die civilistische Praxis. Bd. 91 S. 73 ff. Tübingen und Leipzig 1901.
2. Brinz, Die Prästation unmöglicher Leistungen. In „Kritische Überschau der deutschen Gesetzgebung und Rechtswissenschaft". Bd. 5 No. 11 S. 278 ff. München 1857.
3. Fischer, Vis major im Zusammenhang mit Unmöglichkeit der Leistung. In Iherings Jahrbüchern. Bd. 37 S. 199 ff. Jena 1897.
4. Kaempfe, Der Einfluss nachfolgender Unmöglichkeit der Leistung auf obligatorische Rechtsverhältnisse nach Gemeinem Rechte und nach dem Recht des B.G.B. Freiburger Inaug.-Dissert. 1901.

5. Kisch, Die Wirkungen der nachträglich eintretenden Unmöglichkeit der Erfüllung bei gegenseitigen Verträgen nach dem Bürgerl. Gesetzbuch. Jena 1900.
6. Kleineidam, Unmöglichkeit und Unvermögen nach dem Bürgerl. Gesetzbuche. Jena 1900.
7. Krug, Das unverschuldete Unvermögen zu einer versprochenen Leistung. Breslauer Inaug.-Dissert. Breslau 1901.
8. Loewy, Die Unmöglichkeit der Leistung bei zweiseitigen Schuldverhältnissen. Berlin 1889.
9. Mommsen, Beiträge zum Obligationenrecht. Bd. I: „Die Unmöglichkeit der Leistung in ihrem Einfluss auf obligatorische Verhältnisse". Braunschweig 1853. (Citiert: Mommsen I.)
10. Regelsberger, Zur Lehre von der Einrede des nicht erfüllten Vertrages und von dem Einfluss der teilweisen Unmöglichkeit der Erfüllung auf das Vertragsverhältnis. In Iherings Jahrbüchern für die Dogmatik. Bd. 40 S. 249 ff. Jena 1899.
11. Schall, Zur Lehre vom Verhältnis von Leistung und Gegenleistung be gegenseitigen Verträgen, besonders über den Einfluss teilweiser Unmöglichkeit der Erfüllung auf die Gegenleistung. Im Archiv für die civilistische Praxis. Bd. 73 Heft 3. Freiburg 1888.
12. Titze, Die Unmöglichkeit der Leistung nach deutschem bürgerlichen Recht. Leipzig 1900.
13. Treitel, Die Unmöglichkeit der Leistung und der Verzug bei Unterlassungsverbindlichkeiten. Rostocker Inaug.-Dissert. Berlin 1902.

Disposition.

§ 1. Einleitung.

I. Hauptteil.

Allgemeine Übersicht über den zu behandelnden Stoff.

§ 2. Begriff und übliche Einteilungen der Unmöglichkeit.
§ 3. Die teilweise Unmöglichkeit insbesondere.

II. Hauptteil.

Die teilweise Unmöglichkeit der Leistung nach Gemeinem Recht.

1. Abschnitt.

Allgemeine Übersicht über die Rechtswirkungen der teilweisen Unmöglichkeit überhaupt.

§ 4. Der Einfluss der teilweisen Unmöglichkeit auf die Giltigkeit der Rechtsgeschäfte.
§ 5. Der Einfluss des Verschuldens.

2. Abschnitt.

Die Wirkung der teilweisen Unmöglichkeit bei den einzelnen Rechtsgeschäften.

§ 6. Die einseitigen Schuldverhältnisse (Das Vermächtnis).
§ 7. Die gegenseitigen Schuldverhältnisse (Der Kauf).

3. Abschnitt.

Die teilweise Nichtexistenz des geschuldeten Gegenstandes.

§ 8. Der Begriff der Nichtexistenz.
§ 9. Die Rechtswirkungen der Nichtexistenz.

III. Hauptteil.

Die teilweise Unmöglichkeit der Leistung nach dem Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs.

1. Abschnitt.

Allgemeine Übersicht.

§ 10. Vorbemerkung.
§ 11. Der Begriff der Unmöglichkeit im B.G.B.

2. Abschnitt.

Der Einfluss der Unmöglichkeit bei Verträgen.

§ 12. Die völlige Unmöglichkeit.
§ 13. Die teilweise Unmöglichkeit.
§ 14. Der Anspruch auf Schadensersatz.

3. Abschnitt.

Der Einfluss der Unmöglichkeit bei einseitigen Schuldverhältnissen.

§ 15. Schuldverhältnisse aus Vermächtnissen.
§ 16. Andere einseitige Schuldverhältnisse.

§ 1. Einleitung.

Jede Obligation begründet zwischen zwei Parteien ein Verhältnis, kraft dessen die eine — der Gläubiger — berechtigt ist, von der anderen — dem Schuldner — eine Leistung zu fordern.

Die Untersuchung der Frage, welche Rechtswirkungen eintreten, wenn dem Schuldner die Bewirkung seiner Leistung nicht möglich ist, hat von jeher grosse Zweifel erweckt und ist bei einer gründlichen Lösung mit vielen Schwierigkeiten verknüpft.

Während nun aber die beregte Frage für das Gebiet des Gemeinen Rechts überhaupt nur ein einziges Mal[1]) zum Gegenstand einer umfassenden monographischen Bearbeitung und zwar vor fünfzig Jahren durch Friedrich Mommsen im ersten Bande seiner „Beiträge zum Obligationenrecht" gemacht worden ist, sind in der kurzen Zeit seit dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuchs mehrere Monographieen[2]) erschienen, welche die Lehre von der Unmöglichkeit speziell nach dem Recht des B.G.B. erörtern. Diese Schriften behandeln jedoch ausschliesslich die völlige Unmöglichkeit der Leistung und streifen durch eine nur gelegentliche Besprechung im Zusammenhange mit dem von ihnen gerade behandelten Stoff den nicht minder häufigen und ebenso wichtigen Fall der nur teilweisen Unmöglichkeit.

Dieses letztere Problem ist aber ganz besonders interessant und um so dankbarer, als es, wie oben erwähnt, auch

[1]) S. das Vorwort von Heinrich Titze „die Unmöglichkeit der Leistung" Leipzig 1900.

[2]) Vgl. die von Kleineidam in Iherings Jahrbüchern Bd. 43 Heft I S. 105, 106 aufgeführten Schriften.

in der gemeinrechtlichen Litteratur bisher noch sehr wenig bearbeitet worden ist[3]).

Es soll deshalb in der folgenden Abhandlung versucht werden, auf der Grundlage des Gemeinen Rechts die Vorschriften des B.G.B. über das Wesen und die Wirkungen der teilweisen Unmöglichkeit in ihrer Entwickelung zu erläutern und kurz zu interpretieren. Und zwar werden wir uns im Folgenden nur mit der ursprünglichen teilweisen Unmöglichkeit beschäftigen, weil der Einfluss und die Wirkungen der nachträglich eintretenden Unmöglichkeit der Erfüllung bei obligatorischen Rechtsverhältnissen einmal durch das Gesetz selbst und sodann auch durch mehrere in letzter Zeit erschienene Einzelschriften[4]) sehr eingehend behandelt worden sind.

Zu diesem Zweck müssen wir aber, um die praktische Lösung der uns vorliegenden Frage durch das neue Recht richtig verstehen und würdigen zu können, zuerst auf die allgemein übliche Einteilung, welche der von uns zu behandelnde Stoff in unserer Wissenschaft gefunden hat, und ausserdem auch auf die Grundsätze des römischen und gemeinen Rechts in ausführlicher Darstellung zurückgreifen. Denn wohl kaum bei irgend einer anderen Materie hat das B.G.B. in seinen Grundanschauungen über die einschlägigen Begriffe sich so eng an das gemeine Recht angeschlossen, wie gerade bei der Behandlung der Lehre von der Unmöglichkeit der Leistung.

---

[3]) Vgl. die Bemerkung Regelsbergers in Iherings Jahrb. Bd. 40 S. 267 Anm. 12 bezüglich der nachträglichen teilweisen Unmöglichkeit.

[4]) Vgl. Kisch, die Wirkungen der nachträglich eintretenden Unmöglichkeit der Erfüllung, die unter VI No. 4 aufgeführte Dissert. von Kaempfe, die Abhandlung Regelsbergers in Iherings Jahrbüchern Bd. 40 S. 249 ff. und die unter VI No. 11 unseres Litteratur-Verzeichnisses aufgeführte Schrift von Schall. Auch kommt natürlich die grosse Monographie von Kleineidam hierbei in Betracht.

I. Hauptteil.

Allgemeine Übersicht über den zu behandelnden Stoff.

§ 2. Begriff und übliche Einteilungen der Unmöglichkeit.

Die Römer haben den Grundsatz aufgestellt: „*Impossibilium nulla obligatio est*“[1]), d. h.:

„Unmögliches kann nicht geleistet, demnach auch nicht geschuldet werden.“[2])

Dieses ist ein Satz von so zwingender Logik[3]), dass eine Verpflichtung zu etwas Unmöglichem auch vom Rechte natürlich nicht als eine giltige Obligation anerkannt wird. Wird sie aber dennoch eingegangen, so ist sie null und nichtig (Dernburg a. a. O.), wenngleich in ihren Folgen nicht gänzlich unwirksam.

I. Mit dem eben citierten Ausspruch des Juristen Celsus ist allerdings nur etwas objektiv Unmögliches gemeint.

1. **Objektiv** unmöglich ist aber alles, was nach dem Naturgesetz und nach positiven Rechtsnormen undenkbar ist, sog. natürliche und juristische Unmöglichkeit.

a) Von Natur unmöglich ist z. B. die Lieferung eines Hippocentaurus oder eines toten Sklaven[4]). Dieses sind zwei alte Schulbeispiele der Quellen.

---

[1]) L. 185 D. de reg. iur. (50,17).

[2]) Dernburg, Pandekten II, § 16.

[3]) Kleineidam, Unmöglichkeit und Unvermögen, S. 35 und die dort Anm. 1 und 2 Citierten. Vgl. auch Kleineidam in Iherings Jahrbüchern Bd. 43 Heft 1 S. 113.

[4]) Dabei wird noch ein weiterer Unterschied gemacht zwischen sog. absoluter und relativer Unmöglichkeit.
Vgl. Mommsen, Beiträge I, S. 4 u. 5.
Dernburg, Pand. Bd. II § 16.

Wir Modernen würden als Beispiele dafür etwa die Anfertigung eines vollkommen lenkbaren Luftschiffs, das Herbeicitieren von Geistern u. dergl. anführen.

b) Juristisch unmöglich ist Alles, was den rechtlichen Begriffen oder den Staatsgesetzen zuwiderläuft, z. B. die Eigentumsübertragung an einer *res extra commercium*, Veräusserung einer Sache, auf welcher ein gesetzliches Veräusserungsverbot ruht u. a. m.

Somit liegt also der Grund der objektiven Unmöglichkeit entweder in der natürlichen oder in der juristischen Eigenschaft des Obligationsgegenstandes[5]).

2. Im Gegensatz dazu ist die Unmöglichkeit nur eine **subjektive**[6]), wenn sie ihren „Grund[7]) entweder in den rein persönlichen Verhältnissen des Schuldners oder in dessen[8]) Verhältnis zu dem Gegenstande der Obligation" hat.

Absolut unmöglich ist danach z. B. die Verpflichtung *coelum ascendere*, relativ unmöglich die den toten Stichus zu liefern. Dernburg formuliert diesen Unterschied in folgender Weise:

„Die Unmöglichkeit ist absolut, wenn sie in der Art der zugesagten Leistung begründet ist, z. B. Geister zu citieren; sie ist relativ, wenn die Leistung ihrer Art nach möglich, im gegebenen Falle unmöglich ist, z. B. man verspricht ein Pferd, welches bereits tot ist."

Doch ist diese ganze Unterscheidung u. E. praktisch völlig unerheblich und wissenschaftlich wertlos.

[5]) Entwurf eines Bürgerl. Gesetzbuchs f. d. Deutsche Reich II. Buch, 1. Allgemeiner Teil. Vorlage des Redaktors v. Kübel Abschnitt I, Tit. 2. I 1. b. Vertrag; Gegenstand S. 2.

[6]) Hartmann (die Obligation, S. 172, 196 u. a. und in den Jahrb. für Dogmatik Bd. 22 S. 417 ff.) verwirft den Ausdruck „subjektive Unmöglichkeit" völlig, indem er meint, die wahre Unmöglichkeit könne immer nur eine sein; sie sei eine auf einem allgemeinen Gesetze beruhende Notwendigkeit des Nichtgeschehens; daher könne in dem Falle, wo nur eine bestimmte Person zu einer Leistung unvermögend sei, *cum alii possibile sit*, von einer Unmöglichkeit nicht gesprochen werden. (cfr. l. 137 § 5 D. de V. O. 45, 1.)

Ebenso tadelt Brinz (Pand. II, 1 S. 126) die Bezeichnung „subjektive Unmöglichkeit". Vgl. auch daselbst § 278 Note 10.

Nach ihm begründet das nur in der Person des Schuldners vorhandene Nichterfüllenkönnen nicht eine Unmöglichkeit, sondern ein „Unvermögen des Schuldners zur Leistung".

Diesen Ausführungen folgend hat dann das B.G.B. in § 275 den Ausdruck „Unvermögen des Schuldners zur Leistung" angenommen und dem Begriff der „Unmöglichkeit", unter welchem es nur die objektive Unmöglichkeit versteht, gegenübergestellt (vgl. Teil III dieser Abhandlung).

[7]) Mommsen, Beiträge I, S. 5.

[8]) d. h. in des Schuldners Verhältnis zum Gegenstand der Obligation und nicht, wie Dernburg (Pand. II § 16) meint, in des Gläubigers oder des Schuldners Person. Denn die in der Person des Gläubigers begründeten Erfüllungshindernisse sind stets ohne Einfluss auf die Leistungspflicht des

Während also das objektiv Unmögliche als in und mit der Eigenschaft des Leistungsgegenstandes selbst gegeben, für Jedermann etwas Unmögliches ist[9]), gilt als subjektiv unmöglich nur das, was gerade diesem Schuldner allein unmöglich und für andere ausser ihm[10]) vielleicht sehr wohl möglich[11]) ist[12]).

In den Quellen nämlich ist ausdrücklich hervorgehoben, dass die durch irgend einen beliebigen Dritten bewirkte

---

Schuldners, wenngleich sie für die Erfüllung dieser Leistungspflicht durchaus nicht belanglos sind, da der Schuldner natürlich niemals an einen beliebigen Dritten leisten darf, sondern stets nur an den zum Empfang der Leistung berechtigten und durch die betr. Obligation legitimierten Gläubiger. Ähnlich Kleineidam, a. a. O. S. 7.

Mit Recht haben deshalb schon die Römer einen scharfen Unterschied zwischen dem in der Person des Schuldners liegenden Unvermögen zur Leistung und dem in der Person des Gläubigers begründeten Mangel am Können gemacht. Vgl. l. 34 D. de verb. oblig. (45,1).

Ebenso Kleineidam S. 7, 8.

Vgl. Schollmeyer, Kommentar zum B.G.B. Bd. II, Vorbem. zu § 275 ff. unter 2b.

Vgl. auch v. Kübel a. a. O. Abschn. I Tit. 2, 1 ibid. § 1—3 S. 2.

Anderer Ansicht Brinz, Pand. II § 245 (S. 123).

[9]) Vgl. die bei Kisch, „die Wirkungen der nachträglich eintretenden Unmöglichkeit der Erfüllung“ S. 9 Anm. 2 Citierten und Kleineidam S. 6 Anm. 15. Ebenso Rehbein, das Bürgerliche Gesetzbuch, Bd. II S. 110 unter Ziffer 97.

[10]) Vgl. die bei Kisch a. a. O. S. 10 Anm. 3 Citierten und Kleineidam, l. c.

[11]) Die subjektive Unmöglichkeit darf man, nebenbei bemerkt, nicht mit der blossen Schwierigkeit der Erfüllung (*difficultas praestandi*, l. 137 D. 45,1) verwechseln. Doch ist die an diese Quellenstelle von Dernburg a. a. O. geknüpfte Schlussfolgerung, Geldmangel hindere die Entstehung einer Geldschuld nicht, auch wenn der Stipulant die Lage des Schuldners kannte, so dass ein Bettler also gültig ein Haus für eine Million kaufen könne, unrichtig, da es auch in dem Falle der l. 137 „für den Schuldner in der That unmöglich ist, seiner Verpflichtung nachzukommen“. Vgl. Mommsen I, S. 13, Schollmeyer, Kommentar zum B.G.B. Bd. II, Vorbem. zu § 275 ff. unter 2b. Ebenso Kleineidam, a. a. O. S. 7—9 und die S. 9 Anm. 28 und 29 Citierten.

Übrigens ist dieselbe Frage ebenfalls von Dernburg (Bürgerl. Recht, Bd. II S. 128) auch bezüglich des Bürgerlichen Gesetzbuchs angeregt worden.

[12]) In den Quellen wird die objektive Unmöglichkeit als *impedimentum naturale* bezeichnet, die subjektive ein Mangel der *facultas dandi* genannt. Arg. l. 137 § 4 D. de verb. obl. (45,1).

Diese von Venulejus herrührende Stelle lautet: *Illud inspiciendum est, an qui centum dari promisit, confestim teneatur an vero cesset obligatio, donec pecuniam conferre possit. Quid ergo si neque domi habet neque inveniat creditorem? sed haec recedunt ab impedimento naturali et respiciunt ad facultatem dandi. Est autem facultas personae commodum incommodumque non rerum, quae promittuntur — — —

schuldnerische Leistung als Erfüllung wirkt (vgl. l. 23, 40, 53 D. de sol. et liber. 46,3)[13]).

So besagt z. B. die l. 53 D. (46,3), welche Gajus zum Verfasser hat:

Solvere pro ignorante et invito cuique licet, cum sit iure civili constitutum licere etiam ignorantis invitique meliorem condicionem facere.

Danach kann also ein Dritter sogar ohne Vorwissen und selbst gegen den Willen des Schuldners rechtswirksam erfüllen[14]).

Die durch die Person des Schuldners gegebene Subjektivität in der Unmöglichkeit der Erfüllung erweist sich also als etwas von der absoluten Unmöglichkeit durchaus Verschiedenes, da an sich die vertragsmässige Leistung sehr wohl möglich ist und durch jeden Dritten so bewirkt werden kann, wie sie vom Schuldner selbst verlangt wird[15]).

II. Von grundlegender Bedeutung für die Behandlung unsrer ganzen Lehre aber ist die Unterscheidung in „ursprüngliche“ und „nachfolgende“[16]) Unmöglichkeit. (Kleineidam, a. a. O. S. 2.)

1. „Ursprünglich“ oder „sogleich vorhanden“ ist die Unmöglichkeit, wenn die Leistung von Anfang an, d. h. schon zur Zeit des Vertragsschlusses, „zur Zeit der Thatsache, auf welche der Gläubiger sein Forderungsrecht gründet“[17]), unmöglich ist.

2. Tritt die Unmöglichkeit erst nach diesem Zeitpunkt ein, dann spricht man von „nachfolgender“ Unmöglichkeit.

---

[13]) Kleineidam, a. a. O. S. 4, 5. A. A. Crome, System. Bd. II S. 34 Anm. 16.

[14]) Ähnlich B.G.B. § 267 Abs. 1:

„Hat der Schuldner nicht in Person zu leisten, so kann auch ein Dritter die Leistung bewirken. Die Einwilligung des Schuldners ist nicht erforderlich.“

Doch kann nach § 267 Abs. 2 der Gläubiger die Leistung ablehnen, wenn der Schuldner widerspricht.

[15]) Vorausgesetzt natürlich, dass nicht den Gegenstand der Obligation gerade ein gewisses subjektives Verhalten des Schuldners bildet. Vgl. Bernhöft in den Beiträgen zur Beurteilung des Entwurfs von Bekker und Fischer Heft 12 S. 17 und Fischer in Iherings Jahrb. Bd. 37 S. 235, 239 ff.

[16]) Vgl. die bei Kleineidam a. a. O. S. 2 Anm. 3 Citierten.

[17]) Windscheid, Pand. II § 264.

Entscheidend für die Wirkungen der Unmöglichkeit ist demnach der Zeitpunkt, mit welchem für diejenige Partei, die Schuldner werden soll, das Recht des einseitigen Rücktritts von der Verbindlichkeit aufhört.[18])

Was nun im Einzelnen die ursprüngliche Unmöglichkeit betrifft, so ist sie immer entweder eine objektive oder eine subjektive.

Bei der nachfolgenden Unmöglichkeit kommt es auf diesen Gesichtspunkt nicht an, sondern nur darauf, ob sie durch **Zufall** oder durch **Schuld** des Schuldners bezw. des Gläubigers herbeigeführt ist[19]).

III. Von grossem Einfluss auf die praktische Behandlung unserer ganzen Materie ist hierbei die Frage, von welchem Zeitpunkt an das Vorhandensein oder Nichtvorhandensein der Unmöglichkeit zu rechnen ist.

1. Dieser Zeitpunkt, welcher selbst ganz ausserhalb der Obligation liegt und deshalb nicht mit dem der Obligation als notwendiges Requisit innewohnenden Zeitpunkt der Erfüllung verwechselt werden darf, ist deshalb von so grosser Bedeutung, weil nur von ihm aus richtig beurteilt werden kann, ob eine Leistung im Augenblick des Vertragsschlusses als unmöglich anzusehen ist oder nicht, d. h. ob also überhaupt ein Schuldverhältnis und eine etwaige, aus diesem resultierende Leistungspflicht entstanden ist oder nicht[20]).

Kleineidam[21]) nennt diesen Zeitpunkt deshalb zum Unterschied von der Erfüllungszeit den „Beurteilungszeitpunkt."

Als solcher Zeitpunkt kann für die Beurteilung der Wirkungen der sogen. ursprünglichen Unmöglichkeit nur der Augenblick des Entstehens der Obligation in Betracht kommen[22]).

---

[18]) Mommsen, Beiträge I. S. 1.
[19]) Vgl. die bei Mommsen a. a. O. S. 233 Anm. 8 citierten Stellen. Dazu Windscheid, Pandekten § 343, Dernburg, Pandekten, Bd. II § 68.
[20]) Kleineidam, Unmöglichkeit und Unvermögen S. 29—35.
[21]) Kleineidam, a. a. O. S. 32 und in Iherings Jahrbüchern Bd. 43, Heft 1 S. 115—118.
[22]) Kleineidam, a. a. O. S. 29.

Ist hiernach bereits in diesem (Beurteilungs-) Zeitpunkt, d. h. also schon in und bei der Entstehung des ganzen Schuldverhältnisses eine Unmöglichkeit vorhanden, dann liegt eben eine „ursprüngliche“ Unmöglichkeit der Leistung vor[23]).

2. Anders liegt die Sache bei den aufschiebend bedingten bezw. aufschiebend befristeten Rechtsgeschäften, bei denen eine Leistungspflicht noch nicht mit der Geburt des Schuldverhältnisses zugleich entsteht, sondern erst von irgend einem künftigen ungewissen Umstand bezw. einem später eintretenden Zeitpunkt abhängig ist.

Ist bei diesen Rechtsgeschäften die Obligation zur Zeit ihrer Begründung — d. h. also im Beurteilungszeitpunkt — auf eine unmögliche Leistung gerichtet, dann ist das Geschäft giltig, wenn zur Zeit der Entscheidung (— d. h. zur Zeit des Eintritts oder Ausfalls der Bedingung bezw. zur Zeit der vertragsmässig vereinbarten Erfüllung —) eben diese Leistung möglich ist.

Denn es kann sehr häufig der Fall eintreten, dass eine — vom Beurteilungszeitpunkt aus betrachtet — noch unmögliche Leistung, welche den Inhalt eines bedingten bezw. befristeten Geschäfts bildet, mit einem bestimmten Termin entweder noch vor der Erfüllungszeit oder zum Erfüllungszeitpunkt selbst möglich wird[24]). Denn wenn eine Leistung zur Zeit des Geschäftsabschlusses auch noch unmöglich ist, so ist oft genug damit eine Möglichkeit und Verwirklichung derselben zur Zeit der Entscheidung, also zur Zeit der vereinbarten vollen Wirksamkeit des ganzen Rechtsgeschäfts, durchaus nicht ausgeschlossen[25]).

Aus diesem Grunde haben die Römer Verträge über solche zur Zeit des Vertragsschlusses noch unmögliche

---

[23]) Kleineidam, l. c.

[24]) Etwas Anderes ist natürlich der bei den Wirkungen der nachträglichen Unmöglichkeit von Kleineidam a. a. O. S. 95 ff. und in Iherings Jahrbüchern Bd. 43 S. 118 ff. behandelte Fall, wenn eine ursprünglich mögliche Leistung, welche nachträglich unmöglich geworden ist, später wiederum möglich wird. [z. B. der versprochene Sklave Stichus erhält die Freiheit, wird dann aber durch irgend einen Umstand wieder Sklave. l. 83 § 5 D. de verb. obl. (45,1)].

[25]) Ähnlich Kleineidam, a. a. O. S. 32.

Leistungen für giltig erklärt, wenn sie unter der Voraussetzung abgeschlossen wurden, dass diese Leistungen bis zu dem Zeitpunkt der Entscheidung möglich werden würden, und sie haben Verträge sogar auch dann als giltig angesehen, wenn sie unter einer anderen Bedingung geschlossen wurden und die betr. Leistung zur Zeit der Entscheidung möglich geworden war[26]).

Dahin gehören Verträge über eine noch nicht vorhandene Sache unter der Bedingung, dass sie zur Existenz gelangt. Ferner die Verträge über eine im Eigentum Dritter stehende Sache, sogar über ein dem Gläubiger selbst gehörendes Objekt unter der Bedingung, dass diese in obligatione befindlichen Gegenstände (bis zum Moment der Erfüllung) ihren Eigentümer wechseln[27]) würden. (Vgl. über die mit Bezug hierauf von Dernburg, Bürgerl. Recht, Bd. II, S. 128 aufgeworfene Streitfrage, ob in solchen Fällen eine Unmöglichkeit überhaupt vorliege, die zutreffenden Ausführungen von Kleineidam S. 16 und Planck, Bürgerl. Gesetzb. II. Buch, S. 49.)

Als Ausnahmen von dieser Regel sind aus religiösen Gründen der Verkauf eines freien Menschen unter der Bedingung, dass er Sklave werden würde (l. 34 § 2 D. 18,1) und aus öffentlich-rechtlichen Gründen Verträge über eine *res publica in publico usu* bezw. *res sacra* und *res religiosa* von den Römern für ungiltig erklärt worden[28]).

Zu erwähnen ist hierbei noch die für unser bürgerliches Recht viel umstrittene Frage, ob die *pendente condicione* eintretende Unmöglichkeit, d. h. wenn also die Unmöglichkeit

---

[26]) Vgl. Mommsen, Beiträge I S. 150 ff. und die dort angeführten Quellenstellen.

[27]) Die Motive zum ersten Entwurf eines B.G.B. Bd. II S. 176 ff. werfen im Anschluss hieran die Frage auf, ob in diesen Fällen immer eine objektive Unmöglichkeit oder mitunter nur ein blosses Unvermögen des Schuldners zur Leistung als vorliegend anzunehmen ist. U. E. wird man mit Kleineidam (a. a. O. S. 23) nach dem Vorbild des römischen Rechts dahin zu entscheiden haben, dass trotz des „Umstandes, dass das Hindernis gehoben werden kann", hier stets eine Unmöglichkeit der Leistung vorliegt. (Vgl. unten Teil III § 12 III unter 2.)

[28]) § 2 *I de inutili stipulatione* 3,19; l. 83 § 5 D. de V. O. 45,1. Vgl. auch die von Bernhöft in Iherings Jahrb. Bd. 14 Heft I S. 137 angeführten Stellen l. 6 pr., l. 34 § 2, l. 4, l. 70 D. de contr. empt. (18, 1).

eintritt nach dem Abschluss des Rechtsgeschäfts, aber vor dem Zeitpunkt der Entscheidung über den Eintritt bezw. Ausfall der Bedingung, als eine ursprüngliche oder nachfolgende zu betrachten ist.

Auch hier bietet wiederum der Moment des Vertragsschlusses die Handhabe für eine richtige Entscheidung der Frage[29]) (Krug, Das unverschuldete Unvermögen zu einer versprochenen Leistung, Bresl. Diss. S. 11, 12).

Das Gemeine Recht hat einfach dahin entschieden, dass diese während des Schwebens einer Bedingung eintretende Unmöglichkeit als nachfolgende zu behandeln ist[30]).

IV. Endlich teilt man noch die Unmöglichkeit der Leistung der **Zeit** nach in eine dauernde und zeitweilige und dem **Umfang** nach in eine völlige und teilweise Unmöglichkeit ein.

Doch muss schon an dieser Stelle bemerkt werden, dass diese beiden Unterscheidungen einander nicht ausschliessen, dass also z. B. eine zeitweilige Unmöglichkeit der Leistung ebenso so gut eine teilweise wie eine völlige Unmöglichkeit herbeiführen kann.

Vielfach hat man[31]) sogar, u. E. freilich mit Unrecht, die zeitweilige Unmöglichkeit für eine Sonderart der teilweisen Unmöglichkeit erklärt. (Vgl. hierüber die zutreffenden Ausführungen von Kisch, a. a. O. S. 22.)

V. Überhaupt kommt es aber ganz im Allgemeinen bei der Beurteilung der Frage, ob eine Unmöglichkeit der

[29]) nach dem Recht des B.G.B. Und nur bezüglich des B.G.B. ist diese Frage so umstritten. Vgl. Kleineidam, a. a. O. S. 88 und Kisch, a. a. O. S. 27 ff., welcher diese Streitfrage sehr eingehend behandelt und dessen Ausführungen durchaus beizutreten ist.

Vgl. auch § 12 III unter 3 dieser Abhandlung.

[30]) Kleineidam, a. a. O. S. 88. Vgl. auch die bei Kisch, a. a. O. S. 30 Anm. 7 Citierten, insbesondere Mommsen, Beiträge I, S. 1, 102, 230. Ähnlich äussern sich mit Bezug auf § 308 B.G.B. die Motive und Protokolle übereinstimmend für eine nachträgliche Unmöglichkeit in dem Falle, wenn die fehlende Möglichkeit während des Schwebens der Bedingung gehoben wird, aber vor dem Zeitpunkt der Entscheidung (über das Eintreten oder Ausfallen der Bedingung) sich wieder zur Unmöglichkeit umwandelt.

Vgl. Mot. II S. 180, Prot. I S. 454 ff.

Oertmann, Kommentar zu § 308 und

Planck, Kommentar zu § 308 Abs. 2.

[31]) u. a. auch Kleineidam, a. a. O. S. 25 Anm. 12.

Leistung vorliegt oder nicht, auf den einzelnen konkreten Fall[32]) an, welcher nach seinen gesammten Umständen genau zu prüfen ist[33]).

Denn das Vorliegen einer Unmöglichkeit lässt sich „nur unter Berücksichtigung aller Modalitäten der Leistung“ beurteilen[34]).

Mit Recht weisen deshalb auch die Motive zu dem Entwurfe eines B.G.B.[35]) darauf hin, dass diese Frage keine Rechtsfrage, sondern lediglich eine Thatsachenfrage ist, indem sie sich dahin äussern:

„Durch Beispiele oder gar den Versuch einer erschöpfenden Aufzählung der denkbar möglichen Fälle der Unmöglichkeit einer Leistung die richtige Anwendung des Gesetzes sicher stellen zu wollen, wäre bedenklich“,

und dann an derselben Stelle[36]) im Anschluss an die Begründung v. Kübels[37]) hinzufügen[38]):

„Ob eine wirkliche Unmöglichkeit der Leistung eingetreten ist, muss *in concreto* geprüft werden nach dem Gegenstande und gesammten Inhalte des Schuldverhältnisses.“

Demnach ist im Einzelfalle die Feststellung, ob überhaupt eine Unmöglichkeit vorliegt oder nicht, sehr schwer.

Nach Kisch[39]) gewinnt man einen sicheren Massstab dafür aus einem Vergleich zwischen Art und Mass der geschuldeten Leistung einerseits und den Mitteln, über die der

---

[32]) Vgl. Kleineidam, a. a. O. S. 14. Sehr beachtenswert und zutreffend ist die von Kleineidam an dieser Stelle entwickelte Kraftanstrengungstheorie, wonach der Schuldner bei jeder Obligation je nach Parteivereinbarung oder allgemeiner Verkehrsanschauung ein bestimmtes Mass von Kraftanstrengung aufzuwenden hat, um den zur Erreichung des Zieles der Erfüllung erforderlichen Erfolg herbeizuführen. (Siehe hierüber auch weiter unten § 12 I unter 3b dieser Abhandlung.)

[33]) Vgl. Rehbein, a. a. O. S. 115 unter Ziffer 101: „Ob Unmöglichkeit, Unvermögen vorliegt, ist vielfach nur konkret zu ermessen, entsprechend der Relativität des Begriffs.“

[34]) Kisch, a. a. O. S. 18.

[35]) Motive Bd. II S. 45 zu § 237.

[36]) Motive Bd. II l. c.

[37]) v. Kübel, a. a. O. S. 7 u. 8.

[38]) Vgl. Kleineidam, a. a. O. S. 14.

Ähnlich äussert sich Rehbein a. a. O. Bd. II S. 110 unter Ziff. 97 bezüglich der Begriffe Unmöglichkeit und Unvermögen: „Beide Begriffe sind nicht abstrakter, sondern relativer Natur, relativ insofern die Natur des Vertrages im Allgemeinen und im einzelnen Falle bedeutsam werden kann.“

[39]) Kisch, a. a. O. S. 11.

Schuldner zu ihrer Bewirkung verfügt, auf der anderen Seite. Doch giebt auch Kisch[40]) selbst zu, dass in beiden Richtungen „die Beantwortung der Frage nicht selten mit Schwierigkeiten verknüpft“ sein wird.

Man muss daher, um nicht fehl zu gehen, sämmtliche Modalitäten der in Frage kommenden Leistungspflicht, also, wie v. Kübel[41]) treffend hervorhebt, Quantität und Qualität, Ort und Zeit der Leistung prüfen und danach urteilen, ob sich alle diese Momente verwirklichen lassen oder nicht[42]). Aus diesem Grunde ist es auch durchaus müssig, den Begriff der Unmöglichkeit irgendwie definieren zu wollen, was einige Autoren versucht haben, was u. E. aber — schon abgesehen von der praktischen Bedeutungslosigkeit dieser Versuche — auch nicht einmal annähernd möglich ist. So sagt Hartmann[43]):

„Sie (— nämlich die wahre Unmöglichkeit —) ist nichts als die negative Notwendigkeit, die Notwendigkeit des Nichtgeschehens.“

Schollmeyer[44]) umschreibt den Begriff mit den Worten: „Unmöglichkeit der Leistung liegt dann vor, wenn die Leistung von niemandem gemacht werden kann.“[45])

Die meisten neueren gemeinrechtlichen Schriftsteller haben jedoch auf den Versuch, irgend eine Begriffsbestimmung der Unmöglichkeit aufzustellen, gänzlich verzichtet[46]).

[40]) Kisch, l. c.

[41]) v. Kübel, a. a. O. S. 6 ff.

[42]) Zu diesen Momenten der Leistungspflicht gehört auch, wie Kleineidam (a. a. O. S. 14—16 und in Iherings Jahrb. Bd. 43 S. 110 ff.) immer wieder mit Recht betont, ein gewisses vom Schuldner zu leistendes Mass von Kraftanstrengung. (Vgl. oben Anm. 32.) Ebenso Kisch, a. a. O. S. 12, S. 32.

[43]) Hartmann, die Obligation S. 172.
Vgl. dazu Ubbelohde im Archiv für civilist. Praxis, Bd. 85 S. 118.

[44]) Schollmeyer, Kommentar S. 95 unter 2.

[45]) Eine Kritik dieser verfehlten Versuche erübrigt sich wohl von selbst. Denn statt Unmöglichkeit führt Hartmann den Begriff Notwendigkeit ein und Schollmeyer umschreibt das Wort Unmöglichkeit nur mit anderen Ausdrücken.

[46]) Vgl. zu der ganzen Frage Kleineidam a. a. O. S. 13 und in Iherings Jahrbüchern Bd. 43 S. 108 ff.

§ 3. Die teilweise Unmöglichkeit insbesondere.

Die Erörterung der Frage, wie die teilweise Unmöglichkeit der versprochenen Leistung, insbesondere die teilweise Nichtexistenz des geschuldeten Gegenstandes nach Gemeinem Recht und nach dem Recht des B.G.B. behandelt wird, soll den Gegenstand der nachfolgenden Untersuchung bilden.

I. Wir müssen uns also zunächst darüber klar werden, wie weit die Grenze des von uns zu behandelnden Gebietes zu ziehen ist.

1. Wie schon oben[1]) bemerkt, ist die sog. subjektive Unmöglichkeit in Wahrheit gar keine eigentliche Unmöglichkeit, namentlich keine Unmöglichkeit der Leistung. Denn diese letztere (die Leistung nämlich) ist[2]), weil für den betreffenden Schuldner allein unmöglich, objektiv betrachtet, durchaus möglich.

Wir haben es hier also nur mit einer sog. „relativen“[3]) Unmöglichkeit, einem Unvermögen der Person zu thun, die leisten soll, nicht mit einer Unmöglichkeit in Bezug auf den Gegenstand, welcher geleistet[4]) werden soll[5]).

---

[1]) cfr. oben § 2 I 2 a. E.

[2]) auch in den Fällen, wo das betr. Schuldverhältnis (z. B. das Mandat) den Schuldner lediglich verpflichtet „das Seinige zur Herbeiführung des Erfolges zu thun“ (Bernhöft in Bekker und Fischers Beiträgen Heft 12 S. 17), wo also der Schuldner seiner Verpflichtung nachgekommen ist, sobald er dieses subjektive Verhalten prästiert hat.

[3]) Relativ in diesem Sinne. Vgl. v. Madai, die Lehre von der Mora, S. 77. Über relative Unmöglichkeit überhaupt vgl. Crome, Bd. II S. 34.

[4]) Unter „Leistung“ versteht man entweder ein positives Thun (nach Gem. Recht ein *dare*, *facere* oder *praestare*; cfr. l. 3 pr. D. de Obl. et Act. 44,7) oder ein Unterlassen. Doch kommen Forderungen auf ein Unterlassen für unsere Abhandlung nicht in Betracht, weil bei ihnen eine Unmöglichkeit der Leistung schwerlich eintreten kann.

Vgl. über die letztere Frage die eingehende Abhandlung von Treitel: „Die Unmöglichkeit der Leistung und der Verzug bei Unterlassungsverbindlichkeiten“, Rost. Dissertation 1902, insbesondere daselbst § 9 S. 37 unter II C.

Die Streitfrage, ob die Leistung einen Vermögenswert haben muss oder nicht, interessiert hier nicht weiter. Vgl. über „Leistung“ auch unten S. 79 u. 80.

[5]) Arg. l. 137 § 4 D. de V. O. 45,1.

Doch ist hierbei zu beachten, dass nicht etwa der entferntere Gegenstand, die körperliche Sache, die gegeben, das Recht, das gewährt werden soll, den unmittelbaren Inhalt des Schuldverhältnisses bilden, sondern nur die Leistung derselben. Rehbein, das B.G.B. Bd. II S. 10; Crome, System Bd. II, S. 27, 28. Vgl. auch Motive II S. 5.

Demnach ist also die sog. subjektive Unmöglichkeit als Möglichkeit der Leistung von dem Bereich unserer Abhandlung auszuschliessen.

2. Ebenso muss auch die nachfolgende Unmöglichkeit ausgeschieden werden.

Schon aus dem Begriff dieser Art von Unmöglichkeit ergiebt sich, dass „der Umstand, welcher die Leistung unmöglich macht“[6]) erst nach Entstehung des Schuldverhältnisses eingetreten sein muss. Solche Umstände, welche die Erfüllung unmöglich machen, treten aber in dem mehr oder weniger langen Zeitraum zwischen der Begründung der Obligation und der Bewirkung der Leistung durch den Schuldner sehr oft ein.

Da nun der Wille des Schuldners nach Eingehung des Schuldverhältnisses gebunden ist und er eben sowohl die Verpflichtung hat, alles zu unterlassen, was der Erfüllung hinderlich sein könnte, wie die positive Pflicht, die Leistung so, wie sie vereinbart ist, zu bewirken, so ist beim Eintreten eines die Unmöglichkeit (nachträglich) herbeiführenden Umstandes von entscheidender Bedeutung für die rechtliche Beurteilung[7]) allein das Verhältnis des Eintritts dieses Umstandes zu dem Willen des Schuldners. Nur von diesem subjektiven Gesichtspunkt der obligationsmässigen Gebundenheit des Verpflichteten aus ist der Einfluss der nachfolgenden Unmöglichkeit zu beurteilen, wobei man — wie schon oben (§ 2 II unter 2 a. E.) kurz angedeutet — prinzipiell zu unterscheiden hat[8]), ob jener Umstand durch Schuld des Schuldners (bezw. des Gläubigers) oder durch andere Ereignisse, besonders durch Zufall, eingetreten ist.

Hierüber aber liegen für jeden Fall positive gesetzliche Bestimmungen vor, durch welche Alles geregelt wird[9]). Denn wenn die Unmöglichkeit durch Zufall herbeigeführt wird,

[6]) B.G.B. § 281 Abs. 1.

[7]) Ebenso wie bei der ursprünglichen Unmöglichkeit im Allgemeinen von derselben Bedeutung für die rechtliche Beurteilung das Wissen oder Nichtwissen des Schuldners von ihrer Existenz ist.

[8]) Vgl. Kleineidam, a. a. O. S. 90 und die daselbst Anm. 2 Citierten.

[9]) Krug, das unverschuldete Unvermögen zu einer versprochenen Leistung. Breslauer Diss. 1901 § 11 S. 49.
Kisch, a. a. O. § 1 S. 1.

dann werden die bei den einzelnen Obligationen verschieden gearteten Grundsätze über das Tragen der Gefahr des Zufalls in Anwendung gebracht, und es fragt sich hierbei nur, ob der Schuldner den Zufall zu vertreten[10]) hat oder nicht[11]). Wird andererseits die Unmöglichkeit durch Schuld eines der Kontrahenten verursacht, dann treten die Regeln über die Haftung für das Verschulden in Kraft.

Demnach kommt es bei dieser Art der Unmöglichkeit nicht — wie bei der ursprünglichen Unmöglichkeit — auf die Entscheidung der Frage an, ob überhaupt ein giltiges Rechtsgeschäft vorliegt, sondern, da hier der die Unmöglichkeit herbeiführende Umstand überhaupt erst **nach** Entstehung eines rechtsgiltigen Schuldverhältnisses eingetreten sein kann, nur darauf, ob und inwieweit diese nachträglich eingetretene Unmöglichkeit die schon vorhandene Leistungspflicht des Schuldners beeinflusst.

Da die vorliegende Untersuchung nun allein die Erörterung der Rechtswirkungen der in der Natur der Verhältnisse schon von vornherein begründeten, rein objektiv vorliegenden Unmöglichkeit zum Gegenstande hat, so werden wir uns im Folgenden mit der im Gesetze nicht so eingehend geregelten **ursprünglichen** Unmöglichkeit allein beschäftigen und ihren Einfluss auf obligatorische Rechtsverhältnisse darzulegen suchen.

Wir werden jedoch die Wirkungen der ursprünglichen Unmöglichkeit der Leistung auch nur insoweit zu berücksichtigen haben, als jene das Schuldverhältnis nicht ganz, sondern nur zu einem Teil erfasst und müssen zu diesem Zweck vorerst den Begriff der teilweisen Unmöglichkeit überhaupt feststellen.

II. Oft kann eine Leistung entweder nicht vollständig oder nicht zur rechten Zeit oder nicht am rechten Orte bewirkt werden[12]).

---

[10]) Über den Ausdruck „vertreten“ im B.G.B. vgl. Kleineidam, a. a. O. S. 91 Anm. 5.

[11]) Kleineidam, l. c. S. 92 ff.
Kisch, a. a. O. S. 96 ff.
Titze, Die Unmöglichkeit der Leistung S. 74 ff.

[12]) Man hat nämlich, wie Titze a. a. O. S. 31 ff. zutreffend ausführt, bei jedem Schuldverhältnis eine örtliche, eine zeitliche und eine gegenständliche

Die Wissenschaft spricht in solchen Fällen, wo eine Leistung in dieser Weise nicht ihrem ganzen Umfang und Inhalt nach, sondern nur zu einem gewissen Teile unmöglich ist, — indem z. B. bezüglich des Umfanges, der Art, der Zeit oder des Ortes der Erfüllung irgend ein nicht zu beseitigendes Hindernis[13]) vorliegt — von einer **„teilweisen"** Unmöglichkeit der Leistung.

Hierbei handelt es sich nicht etwa um einen Gegensatz innerhalb des Unmöglichkeitsbegriffes selbst. Denn die „teilweise Unmöglichkeit der Erfüllung" ist, genauer betrachtet, nichts Anderes als eine „Unmöglichkeit teilweiser Erfüllung."[14])

Nun ist es für das Gemeine Recht unbestritten, dass eine teilweise Unmöglichkeit an sich überhaupt nur bei Teilbarkeit der geschuldeten Leistung denkbar ist[15]), da eine unteilbare Leistung, sobald sie nicht nach jeder Hinsicht ganz und vollständig bewirkt werden kann, naturgemäss immer eine völlige Unmöglichkeit zur Folge hat[16]).

Es erhebt sich jetzt hier von selbst die Frage: Wann ist eine Leistung teilbar, wann ist sie nicht teilbar?

Seite zu unterscheiden, so dass die Unmöglichkeit der Leistung sich auf jeden dieser Bestandteile der Verbindlichkeit des Schuldners beziehen kann, also: auf die Zeit wie auf den Ort wie auf den Gegenstand der Leistung. Goldmann-Lilienthal, das Bürgerliche Gesetzbuch Bd. I 2. Abt. S. 333.

[13]) Den Ausdruck „Erfüllungshindernis", welcher in der Litteratur (vgl. z. B. die Dissertation von Krug, Das unverschuldete Unvermögen, Breslauer Diss. 1901, Kleineidam [a. a. O. S. 24 u. and. Stellen]) oft für Unmöglichkeit der Leistung gebraucht wird, halten wir für schief und haben es deshalb vermieden, denselben in der vorliegenden Arbeit zu gebrauchen. Denn etwas, was hindert, macht noch nicht unmöglich, da ein blosses Hindernis oft mit Leichtigkeit beseitigt werden kann, eine wirkliche Unmöglichkeit dagegen selbst durch Hinwegräumung irgend welcher Hindernisse nicht mehr aus der Welt zu schaffen ist.

[14]) Kisch, a. a. O. S. 9.

[15]) Ebenso Cosack, Lehrbuch Bd. I § 100. Anders für das Recht des B.G.B. (Vgl. unten § 13 unter I und Schöller in Gruchots Beiträgen Bd. 45 S. 540 ff.)

[16]) Damit soll freilich nicht gesagt sein, dass nicht mitunter eine unteilbare Leistung zwar dem Gegenstande nach völlig möglich, aber doch der Zeit oder dem Orte nach unmöglich sein kann. Denn es giebt, wie Schöller in Gruchots Beiträgen Bd. 45 S. 539 mit Recht hervorhebt, gewisse Leistungen, die weder teilweise unmöglich werden, noch teilweise erfüllt werden können (wie z. B. die Abtretung der auf eine unteilbare Leistung gerichteten Forderung seitens des Gläubigers).

Vgl. zu dieser ganzen Frage auch unten § 13 unter I.

Zunächst sei hier der unteilbaren Leistungen gedacht, welche wir gleich von vornherein, wie eben dargelegt, ausscheiden müssen.

a) Unteilbar ist nach der herrschenden Auffassung eine Leistung dann, wenn sie ohne Zerstörung ihres Wesens und ohne Minderung ihres Wertes[17]) sich nicht in mehrere qualitativ gleichartige und nur quantitativ kleinere Teilleistungen zerlegen lässt[18]).

b) Im Gegensatz hierzu ist die Teilbarkeit einer Leistung nicht allein in der körperlichen Zerlegbarkeit des geschuldeten Gegenstandes begründet, sondern beruht oft auch auf der sog. ideellen Teilbarkeit eines Rechts, insbesondere des Eigentums. Letzteres ist der Fall, wenn z. B. der Schuldner nur einen ideellen Anteil am Eigentum der geschuldeten Sache verschaffen oder wenn er dem Gläubiger zwar das Alleineigentum gewähren kann, aber nur „unter Beschränkung durch dingliche Rechte Dritter, z. B. Pfandrechte, Dienstbarkeiten, Grundschulden u. s. w.“.[19])

Wir werden daher im Folgenden bei unseren Betrachtungen diese ideelle Teilbarkeit eines Rechtes in gleicher Weise wie die körperliche Zerlegbarkeit eines geschuldeten Gegenstandes zur Feststellung der Wirkungen der teilweisen Unmöglichkeit der Leistung zu berücksichtigen haben.

Nach den eben erörterten Voraussetzungen für das Vorhandensein einer teilweisen Unmöglichkeit überhaupt können wir mit Rücksicht auf denjenigen Teil der Leistung, welcher von der Unmöglichkeit ergriffen ist, die teilweise Unmöglichkeit bezüglich des Umfangs der Leistung in eine **quantitativ**

---

[17]) Vgl. B.G.B. § 93 und § 752.

[18]) „oder nach dem Willen der Parteien (in dieser Weise) nicht zerlegt werden soll.“ Vgl. dazu Crome, II S. 37 und Matthiass, Lehrbuch Bd. I S. 329. Vgl. die ähnliche Definition von Kisch, a. a. O. S. 161.

Planck, zu § 420 S. 210 unter 2 definiert die Teilbarkeit der Leistung so: „Eine Leistung ist teilbar, wenn sie sich derart in mehrere Teilleistungen zerlegen lässt, dass jede Teilleistung qualitativ denselben Inhalt hat, wie die Gesammtleistung und dass durch die sämtlichen Teilleistungen zusammen derselbe Erfolg bewirkt wird, wie durch die Gesammtleistung“.

[19]) Kisch, a. a. O. S. 165. Vgl. auch Planck, Bd. II S. 210 zu § 420 unter 2.

teilweise, bezüglich des Inhalts derselben in eine **qualitativ** teilweise und bezüglich ihrer Zeit in die sog. **zeitweilige** Unmöglichkeit zerlegen.

Bei dieser Dreiteilung sind die qualitativ teilweise Unmöglichkeit und die zeitweilige Unmöglichkeit von der nachstehenden Darstellung ebenfalls auszunehmen, und zwar deshalb, weil auch diese beiden Arten von teilweiser[20]) Unmöglichkeit der Leistung ganz besondere Eigentümlichkeiten aufweisen.

1. Denn eine teilweise Unmöglichkeit der Leistung in Bezug auf die Qualität ist, wie Mommsen[21]) ausführlich begründet hat, nur beim Kauf und dort auch nur dann denkbar, wenn eine bestimmte Eigenschaft des Kaufobjekts vom Verkäufer ausdrücklich zugesagt oder vom Käufer ausbedungen ist, weswegen diese Fälle auch nach den Vorschriften des ädilicischen Edikts[22]) über die Mängelgewähr behandelt werden, neben denen dann zugleich die Grundsätze über die Unmöglichkeit ergänzend anzuwenden sind[23]).

Hervorzuheben ist hierbei noch als besonders charakteristisch, dass die Gewährleistungsgrundsätze Platz greifen auch ohne Unterschied, ob der Mangel beseitigt werden kann oder nicht, d. h. also auch dann, wenn eine Unmöglichkeit nicht vorliegt[24]).

Endlich kann das Vorhandensein einer bestimmten Eigenschaft als lex contractus von solcher Bedeutung sein, dass ihr Fehlen nicht nur eine teilweise, sondern eine völlige Unmöglichkeit begründet[25]).

---

[20]) Dass die zeitweilige Unmöglichkeit vielfach als eine teilweise Unmöglichkeit bezeichnet wird, haben wir bereits oben S. 10 unter IV erwähnt.
Vgl. hierüber Mommsen, a. a. O. S. 212 ff. Motive Bd. II S. 60, 210.
Kleineidam, a. a. O. S. 25 Anm. 12.
Planck, Kommentar zum B.G.B. § 284, 1; § 286, 1.

[21]) Mommsen, Beiträge I, S. 194.

[22]) Mommsen, a. a. O. S. 153.

[23]) Kisch, a. a. O. 168.
Vgl. auch Bernhöft, „Die Ansprüche wegen Mängel" in den Beiträgen von Bekker u. Fischer, Heft 12 § 4.

[24]) Kleineidam, a. a. O. S. 156; Kisch, a. a. O. S. 193.

[25]) Kisch, l. c. Vgl. im Übrigen über das Verhältnis der Mängelgewähr zu den Grundsätzen über Unmöglichkeit die treffliche Darstellung von Kleineidam, a. a. O. S. 155 ff., insbesondere die daselbst citierte l. 31 D. de evict. 21,2 und Mommsen, Beiträge I S. 194.

2. Die zeitweilige Unmöglichkeit der Leistung hat das subjektive Moment an sich, dass die Zeit der Erfüllung von den Parteien meist willkürlich vereinbart wird und, wenn die Leistung zum bestimmten Termin nicht bewirkt werden kann, dann nur eine „Nichterfüllung der Verbindlichkeit in einer bestimmten Richtung“ vorliegt[26]).

Welche Bedeutung diesem Umstande beizumessen ist, das entscheidet jedes Mal der von den Parteien beabsichtigte Endzweck, da die Erfüllungszeit als ein der Leistung selbst innewohnendes Moment[27]) bei den einzelnen Rechtsgeschäften verschieden festgesetzt wird und nur hiernach sich eine schon bei der Obligationsbegründung vorhandene Unmöglichkeit der Leistung zur Erfüllungszeit richtig beurteilen lässt, d. h. daraufhin beurteilen lässt, ob die Unmöglichkeit als eine völlige oder nur als eine teilweise anzusehen ist.

Denn ist die festgesetzte Zeit wesentlich, dann wird bei zufälliger Leistungsunmöglichkeit zur Erfüllungszeit stets eine völlige Unmöglichkeit vorliegen. Ist die bestimmte Zeit nicht von wesentlicher Bedeutung, dann wird die Erfüllung nur hinausgeschoben, und man kann mit dieser Modifikation ruhig eine nur teilweise Unmöglichkeit der Leistung annehmen[28]).

---

[26]) So nennen die Motive den Verzug (Motive Bd. II S. 60).

Die Motive ziehen nämlich bei der Behandlung des Verzuges eine Parallele zwischen diesem und der teilweisen Unmöglichkeit. Vgl. Motive Bd. II zu § 245 des Entwurfs S. 56 ff.

Titze a. a. O. S. 41 Anm. 13 erklärt sogar den Verzug direkt als einen besonderen Fall von teilweiser Unmöglichkeit der Leistung.

[27]) Kleineidam a. a. O. S. 29 nennt mit Recht den Zeitpunkt der Erfüllung „ein der Leistung selbst innewohnendes und mit ihr zu verwirklichendes Moment derselben“. Vgl. daselbst auch S. 34.

Anderer Ansicht ist Kisch, a. a. O. S. 22, welcher die Zeit nicht für einen Bestandteil der Erfüllung hält.

[28]) Wann übrigens eine dauernde Unmöglichkeit und wann eine zeitweilige als vorliegend anzunehmen ist, richtet sich nach den Besonderheiten des Einzelfalles. Jedenfalls lässt sich die Frage in dieser allgemeinen Form nicht beantworten. Kisch, a. a. O. S. 22. (Vgl. dessen zutreffende Ausführungen l. c. S. 23 und 24 bezüglich der Begriffe dauernde und zeitweilige Unmöglichkeit.)

Mit Recht betont deshalb auch Kleineidam, S. 26, bei der Erörterung dieser Begriffe, dass es zur Annahme einer dauernden Unmöglichkeit durchaus nicht erforderlich ist, dass eine Änderung der Sachlage nicht vorauszusehen oder unmöglich sei, und bezieht sich zum Beweise dafür auf § 2 J. 3,19 und l. 83 § 5 D. 45,1.

Dasselbe gilt bei Unmöglichkeit der Leistung an dem Orte der Erfüllung. (Rehbein a. a. O. S. 115.) Denn auch hierbei kann der Leistungsort so wesentlich sein, dass die Leistung an einem anderen Orte „mit Rücksicht auf den Vertragszweck" keine vertragsmässige Erfüllung mehr ist und somit eine völlige Unmöglichkeit vorliegen würde. Kisch a. a. O. S. 167.

Ist andrerseits in anderen Fällen der Ort der Leistung mehr oder weniger unerheblich, dann liegt, wenn der Schuldner an dem durch das Schuldverhältnis bestimmten Ort nicht leisten kann, nur bezüglich dieses einen Teiles der Leistung eine der eben erwähnten zeitweiligen Unmöglichkeit analoge örtliche teilweise Unmöglichkeit der Leistung vor.

3. Berücksichtigt man nun die zu 1 und 2 erwähnten subjektiven Elemente gebührend, dann sind, wo dieselben eine spezifische Wirkung nicht äussern, auch bei der qualitativ teilweisen Unmöglichkeit wie bei der zeitweiligen und örtlichen teilweisen Unmöglichkeit der Leistung die für die teilweise Unmöglichkeit überhaupt geltenden allgemeinen Regeln in Anwendung zu bringen.

Es bleiben mithin für unsere Betrachtungen in erster Linie die Fälle übrig, wo bei einer teilbaren geschuldeten Quantität nur die Leistung eines Teils dieser Quantität sich verwirklichen lässt[29]).

[29]) Mommsen, Beiträge I S. 153 ff.
Kleineidam, Unmöglichkeit und Unvermögen, S. 25 bemerkt hierzu, dass speziell auf diese Fälle die Bezeichnung „teilweise Unmöglichkeit der Leistung" auch recht eigentlich passt.

II. Hauptteil.

Die teilweise Unmöglichkeit der Leistung nach Gemeinem Recht.

I. Abschnitt.

Allgemeine Übersicht über die Rechtswirkungen der teilweisen Unmöglichkeit überhaupt.

§ 4. Der Einfluss der teilweisen Unmöglichkeit auf die Giltigkeit der Rechtsgeschäfte.

Hindert die teilweise Unmöglichkeit der versprochenen Leistung die Entstehung eines giltigen Rechtsgeschäfts? Und, wenn es entsteht, ist sie auf sein weiteres Fortbestehen von Einfluss?

Ist endlich, falls es nicht zur Entstehung kommt, einer der kontrahierenden Teile für das Nichtentstehen haftbar?

Um diese Fragen beantworten zu können, müssen wir erst mit wenigen Worten auf die Grundsätze eingehen, welche für die **völlige** Unmöglichkeit der Leistung gelten.

I. Ist die versprochene Leistung völlig unmöglich, dann kommt als Hinderungsgrund für die Entstehung einer giltigen Obligation ohnehin nur die ursprüngliche[1]) Unmöglichkeit in Betracht, und hierbei hat dann die Bedeutung einer sog. „wahren“[2]) Unmöglichkeit auch nur die objektive[3]) Unmöglichkeit allein.

---

[1]) Die nachfolgende Unmöglichkeit wirkt vielleicht als Grund des Erlöschens der Verbindlichkeit oder Umwandlung des ursprünglichen Leistungsgegenstandes in einen andern. Sie befreit den Schuldner, wenn sie ohne seine Schuld eintritt, hat aber naturgemäss keinen Einfluss mehr auf das **Entstehen** der begründeten Obligation. (v. Kübel, a. a. O. S. 2.)

[2]) d. h. Nichtigkeit des Vertrages herbeiführenden.

[3]) Durch die subjektive Unmöglichkeit wird die Giltigkeit eines Geschäfts nicht im geringsten afficiert, selbst wenn der Schuldner zu der betreffenden Leistung von vornherein unfähig war. (Windscheid, Pand. § 264.) Vgl. aber die Ausführungen von Fischer in Iherings Jahrb. Bd. 37 S. 240.

Der hier vorherrschende Grundsatz ist nämlich der:

War die Leistung von Anfang an unmöglich[4]), so ist das Rechtsgeschäft nichtig[5]). „*Impossibilium nulla obligatio est*“.

Dieser Rechtssatz[6]) bestimmt doch aber nichts Anderes, als dass die objektive Unmöglichkeit der Leistung das Entstehen des Forderungsrechts hindert[7]) und deshalb den Schuldner von vornherein überhaupt nicht verpflichtet[8]).

Trotzdem schliesst die Eingehung einer solchen Verbindlichkeit aber die Haftbarkeit des Promittenten ungeachtet ihrer prinzipiellen Nichtigkeit nicht aus[9]). (Dernburg a. a. O. § 16 Anm. 2.)

Es folgt demnach aus Gründen der Logik[10]), dass das Recht eine Erfüllung nicht verlangt, wenn das Schuldverhältnis auf eine unmögliche Leistung gerichtet ist, und aus der Natur der Sache, dass an Stelle dieser unmöglichen Leistung sehr wohl eine entschädigende Ersatzleistung eintreten kann[11]).

Hinzuzufügen ist nur noch, dass ein einmal nichtiges Rechtsgeschäft nichtig bleibt und sich nicht hinterher

---

[4]) Hierbei ist es ganz gleichgiltig, ob die vorliegende Unmöglichkeit eine sog. „natürliche“ oder eine „juristische“ ist, d. h. auf den Grund der Unmöglichkeit kommt es gar nicht weiter an.

Ebenso § 306 B.G.B. Motive, Bd. II S. 176 zu § 344 des Entwurfs I. Lesung.

[5]) Schon hier sei bemerkt, dass man von dieser grundsätzlichen Regel für das Recht des B.G.B. Ausnahmen zu konstruieren versucht hat.

Vgl. des Näheren darüber Teil III dieser Abhandlung.

[6]) Mit Unrecht ist es u. E. von verschiedenen Seiten bestritten worden, dass dieses ein Rechtssatz ist. So z. B. will Hartmann das Gegenteil nachweisen. (Hartmann, die Obligation S. 166 ff. und in Iherings Jahrbüchern XXII S. 418 ff.) Vgl. ferner über diesen Satz auch Brinz, Pand. II S. 128 ff. und Kritische Überschau V S. 288; A. Fischer in Iherings Jahrbüchern Bd. 37 S. 234; Kleineidam in Iherings Jahrb. Bd. 43 S. 138 ff.; Titze S. 240 ff.; Krug, a. a. O. S. 22.

[7]) Windscheid, Pand. § 264 unter 1.

[8]) Bernhöft in Iherings Jahrb. Bd. 14 S. 136 nimmt an, dass der Rechtssatz von der Nichtigkeit unmöglicher Verpflichtungen erst aus einer verhältnismässig späteren Zeit stammt. Er bezieht sich hierfür auf Varro, de re rustica II 2, 5 und Bruns, fontes S. 220.

[9]) So z. B. könnte bei gegenseitigen Verträgen diejenige Partei, die schon erfüllt hat, das Geleistete mit der *condictio* zurückfordern und, wenn der andere Kontrahent die Unmöglichkeit kannte, ausserdem auch auf Schadensersatz klagen.

[10]) Dernburg, Pand. II § 16.

Kleineidam, Unmöglichkeit und Unvermögen S. 35, S. 45. Vgl. auch l. 182 D. de R. J. (50,17): *Quod nullius esse potest, id ut alicujus fieret, nulla obligatio valet efficere.* Vgl. auch oben S. 3.

[11]) Doch lässt das röm. Recht im Allgemeinen eine solche Ersatzleistung nicht entstehen. Fischer, a. a. O.; Windscheid, Pand. II §§ 264, 315.

wieder in ein giltiges umwandelt, sobald der Grund der Nichtigkeit fortgefallen ist[12]). (*Arg. l. 29 D. de reg. iur.* (*50,17*): „*Quod initio vitiosum est, non potest tractu temporis convalescere*“.)

Die Unmöglichkeit ist und bleibt dann eben eine dauernde[13]). (Crome a. a. O. S. 159 Anm. 9.)

II. Ist dem Verpflichteten die versprochene Leistung von Anfang an nur **teilweise** unmöglich, dann ist der unter I. eben citierte Rechtssatz entsprechend dahin zu modifizieren:

„Ist die Unmöglichkeit nur eine teilweise, so ist auch der Vertrag nur teilweise ungiltig“, es sei denn, dass der Vertragswille auf den noch möglichen Teil der Leistung gar nicht gerichtet gewesen ist[14]).

a) Hier also kommt es im Allgemeinen nur darauf an festzustellen, mit Rücksicht auf welchen Teil die Leistung unmöglich ist, und hierfür ist nur ein einziger Gesichtspunkt massgebend: nämlich **der Parteiwille.**

Denn die ganze Lehre von der Unmöglichkeit der Leistung ist nichts Anderes als die Lehre von dem, was die Parteien für den Fall einer unmöglichen Leistung **gewollt** haben[15]).

b) Im Einzelnen sind die Wirkungen der teilweisen Unmöglichkeit bei den einseitigen Rechtsgeschäften andere[16]) als bei den Verträgen[17]).

---

[12]) Unterholzner, Lehre von den Schuldverhältnissen § 100 S. 204.

Ebenso kann nach der herrschenden Lehre des Gemeinen Rechts (vgl. z. B. Mommsen, Beiträge I S. 142 ff. und 291 ff.; Windscheid, Pand. Bd. II § 360 Ziff. 2) durch ein zufälliges Wiedermöglichwerden einer unmöglichen Leistung, welche ursprünglich möglich war und deshalb giltig versprochen wurde, dann aber unmöglich geworden ist, das hierdurch erloschene Schuldverhältnis nicht wiederhergestellt werden. (L. 83 § 5 D. de verb. obl. 45,1; l. 98 § 8 D. de sol. et liber. 46,3.) Siehe auch unten § 12 III unter 1 (S. 85).

Vgl. Kisch, S. 20, 22 ff., Kleineidam, S. 96 ff. und die hier Anm. 17 und 18 Citierten. Unrichtig Titze, a. a. O. S. 37. (Vgl. darüber Kleineidam in Iherings Jahrb. Bd. 43 S. 119 ff.)

[13]) Vgl. oben die Anm. 28 zu § 3.

[14]) Windscheid, Pand. II § 315 (S. 219).

[15]) Rümelin, Göttinger gelehrte Anzeigen, S. 959.

[16]) und deswegen gesondert zu behandeln, wie dieses u. a. auch Kleineidam in der Disposition seiner grundlegenden Monographie gethan hat, wo er im I. Abschnitt die einseitigen und im II. Abschnitt die gegenseitigen Schuldverhältnisse behandelt. (Vgl. auch den Schluss seiner „Vorbemerkung“ § 3 S. 20.)

[17]) d. h. den zweiseitig verpflichtenden Verträgen. (s. S. 25 unter 2.)

1. Bei **einseitigen** auf Sachleistungen[18]) gerichteten Geschäften[19]) ist die Obligation soweit giltig, als der geschuldete Gegenstand noch vorhanden bezw. das nach dem Inhalt der Verpflichtung zu verschaffende Recht an der Sache zu gewähren noch möglich ist. Ausschlaggebend für die weitere Behandlung ist dann nur die Grösse des nicht vorhandenen (d.h. untergegangenen bezw. nicht existent gewesenen) Teiles[20]).

Ist ferner das Wesen der Sache gar nicht oder nur wenig beeinträchtigt, dann ist die Leistung als möglich (und das Geschäft als giltig) zu betrachten; ist es umgekehrt ganz zerstört, so ist das Rechtsgeschäft nichtig.

Hier wird nämlich überall angenommen, dass der Wille des auf das Ganze Verpflichteten im Zweifel auch denjenigen Teil mit umfasst, dessen Leistung noch möglich ist, dass aber der **Berechtigte** gewöhnlich keine Ursache hat[21]), die Annahme des noch möglichen Teils der Leistung zu verweigern[22]).

---

[18]) Bei den Obligationen auf ein Thun muss eine abweichende Betrachtungsweise eintreten, da sich auf dieselben wegen ihrer mannigfaltigen Erscheinungsformen allgemeiner gefasste Grundsätze überhaupt nicht anwenden lassen. Mommsen l. c. S. 192, 193.

So ist vor allen Dingen bei diesen (auf ein Thun gerichteten) Obligationen zu unterscheiden, ob sie die Vornahme irgend einer Handlung oder die Herbeiführung eines bestimmten Endresultats zum Inhalt haben. Denn hiernach allein kann die Entscheidung der weiteren, für uns principiell bedeutsamen Frage getroffen werden, ob die betr. Leistung teilbar oder unteilbar ist und ob, wenn sie teilbar ist, eine nur teilweise Erfüllung für den Gläubiger auch noch einen wirtschaftlichen Wert hat oder nicht.

(Vgl. darüber Gruchot, XIII S. 683 und die von Kisch, S. 162 angeführten zutreffenden Beispiele.)

Man muss daher, um Fehltritte zu vermeiden, bei diesen Obligationen auf irgend eine durchgreifende Regel für die teilweise Unmöglichkeit verzichten und jeden einzelnen Fall **gesondert** betrachten, was hier schon aus dem Grunde zu weit führen würde, weil man dies natürlich nur entsprechend der besonderen Beschaffenheit der gerade geschuldeten Leistung und unter steter Rücksichtnahme auf den Willen der Parteien thun könnte.

[19]) also einseitigen Rechtsgeschäften einschliesslich der einseitig verpflichtenden Verträge.

[20]) Ebenso Hoffmann in seinen und Fuhrs civilistischen Versuchen S. 126; v. Wening-Ingenheim, Civilrecht § 229 S. 117.

[21]) Mommsen, Beiträge I S. 155.
v. Sayigny, System III S. 299 ff.

[22]) Dieser Gedanke könnte nur dann nicht gerechtfertigt erscheinen, wenn der noch mögliche Teil der Leistung in einem derartigen Verhältnis zum Ganzen steht, dass ein solcher Schluss auf den Willen unzulässig wäre. (Mommsen l. c.)

Mithin erhalten wir als **Resultat,** dass der noch zu ermöglichende Teil der Leistung von dem Berechtigten beansprucht werden kann und von dem Verpflichteten bewirkt werden muss.

2. Etwas anders liegt die Sache bei den zweiseitigen **Verträgen,** insbesondere bei den für unsere Lehre allein in Frage kommenden sog. gegenseitigen Verträgen.

Zwar ist auch hier, wo Leistung und Gegenleistung in einem solchen Abhängigkeitsverhältnis (*συνάλλαγμα*) zu einander stehen, dass die eine Leistung ohne Anbietung der anderen nicht gefordert werden kann, die Gegenleistung ohne Erfüllung von der gegenüberstehenden Seite nicht gemacht zu werden braucht, ebenfalls allein **der Wille der Partei** entscheidend.

„Doch erhebt sich hier die besondere Frage, in welcher Weise die teilweise Unmöglichkeit der einen Leistung den Anspruch auf die verabredete Gegenleistung in Mitleidenschaft zieht“[23]).

Die Antwort lautet: „es kommt auf die „*contemplatio*“ (*l. 58 D. (18,1); l. 6 C. (4,54)*) des die Leistung beanspruchenden Contrahenten an, d. h. darauf, ob er auch um den jetzt noch möglichen Teil der Leistung den Vertrag eingegangen wäre“[24]).

α) Hätte er ihn trotz der Unmöglichkeit geschlossen, dann muss bei verringerter Leistung auch eine entsprechende Minderung seiner Gegenleistung eintreten. Mithin kann dann der nur teilweise Leistende nicht mehr die volle Gegenleistung verlangen.

β) Im entgegengesetzten Falle, d. h. wenn der noch übrig gebliebene Teil zu minderwertig erscheint, und um denselben der Vertrag offensichtlich **nicht** abgeschlossen worden wäre, muss dem Berechtigten das **Recht des Rücktritts vom Vertrage** gewährt werden.

Steht dagegen der nicht übrig gebliebene Teil der versprochenen Leistung in einem solchen Verhältnis zum Ganzen,

---

[23]) Windscheid, Pandekten § 315.
[24]) Windscheid, Pandekten § 321 Anm. 21.

dass es bei Abschluss des Vertrages grade auf diesen Teil besonders ankam, dieser Teil mithin zum integrierenden Bestandteil, ja vielleicht zur Grundlage des ganzen Geschäfts gemacht war, dann ist der Vertrag schlechterdings ganz ungiltig[25]).

So sehen wir denn, dass auch die nur teilweise Unmöglichkeit der versprochenen Leistung genau ebenso wie die völlige Unmöglichkeit die gänzliche Nichtigkeit des Vertrages zwar herbeiführen kann[26]), dass sie aber — im Gegensatz zu der totalen Unmöglichkeit — die völlige Nichtigkeit des Vertrages nicht immer mit Notwendigkeit herbeizuführen braucht.

Uebrigens wird durch die Nichtigkeit des einen Teils des Rechtsgeschäfts die Giltigkeit des anderen Teils nicht weiter berührt (*„utile non debet per inutile vitiari“, l. 1 § 5 D. de verb. obl. 45,1*).

Ziehen wir also das Resumé unserer bisherigen Betrachtungen:

Die teilweise Unmöglichkeit der Leistung führt als solche **nicht** notwendig die **Ungiltigkeit des ganzen Vertrages** herbei; vielmehr kommt es darauf an, ob nach dem **Parteiwillen** auch der noch mögliche Teil der Leistung zum Gegenstand des Vertrages gemacht worden wäre.

Das Stehen und Fallen des Rechtsgeschäfts hängt also lediglich von dem **Willen** der dasselbe begründenden Partei, bei gegenseitigen Verträgen von der ***„contemplatio“*** des zum Empfang der teilweise unmöglich gewordenen Leistung Berechtigten ab.

Dies gilt für alle Arten von Schuldverhältnissen, sowohl

---

[25]) Anders das preuss. Allgemeine Landrecht (I. Titel 11 §§ 42 ff.). Denn dasselbe unterscheidet nicht, ob der unmögliche Teil wesentlich für den Bestand des ganzen Vertrages ist oder nicht. Vielmehr wird bei teilweiser, beiden Teilen unbekannter Unmöglichkeit der Leistung der Vertrag für nicht geschlossen angesehen.

[26]) Diese Wirkung tritt regelmässig nicht nur bei Verträgen, sondern auch in allen anderen Fällen von teilweiser Unmöglichkeit ein (die einseitigen, auf eine teilweise unmögliche Sachleistung gerichteten Rechtsgeschäfte nicht ausgenommen), wenn das Geschäft von der Art ist, dass es nur ganz oder gar nicht bestehen kann.

für die auf Sachleistungen gerichteten, als auch für Obligationen auf ein Thun.

Im Einzelnen lassen sich aus diesem Grunde, d. h. weil allein der vermutliche Parteiwille das Massgebende ist, keine **allgemeinen** Regeln aufstellen.

Die Giltigkeit bezw. Ungiltigkeit eines Vertrages wird also im Einzelfalle stets quaestio facti sein, wie ja überhaupt beim Vorliegen einer jeden Unmöglichkeit eine Entscheidung immer nur unter Berücksichtigung aller Nebenumstände und Modalitäten der betr. gerade in Frage kommenden Leistungspflicht zu treffen ist.

Als Anhaltspunkt zur richtigen Erkenntnis des Vertragswillens wird sich da wohl fast immer das eine oder andere Moment finden, aus welchem sich ein Schluss auf die Intentionen der Paciszenten ziehen lässt.

Hierfür kommen, wie v. Kübel[27]) zutreffend ausführt, neben dem ausgesprochenen Willen noch in Betracht einmal das (quantitative oder qualitative) Wertverhältnis des noch möglichen Teils der Leistung zum unmöglichen, sodann bei Obligationen auf ein Thun die Teilbarkeit oder Unteilbarkeit der Leistung, bei Obligationen auf Sachleistungen etwa das Verhältnis der bezüglichen Teile als Hauptsache und Accessionen oder als einfache und zusammengesetzte Sache, ferner die Modalitäten der Vertragsberedung, namentlich in Bezug auf Ort und Zeit der Leistung, und endlich jeder andere Umstand, aus dem sich ein irgendwie begründeter Schluss auf den Willen herleiten lässt. (Z. B. die Bedeutung des unmöglich gewordenen Teils für die Erwerbszwecke des Gläubigers.)

§ 5. Der Einfluss des Verschuldens.

Ein wesentlich anderes Gesicht erhält die eben aufgestellte allgemeine Regel über die Giltigkeit der Rechtsgeschäfte im Falle teilweiser Unmöglichkeit der Leistung, sobald bei der Begründung des Schuldverhältnisses ein Verschulden im Spiele ist, sobald z. B. also eine der Parteien

---

[27]) v. Kübel, a. a. O. S. 6.

das Vorliegen der teilweisen Unmöglichkeit kannte [bezw. kennen musste[1])] oder dasselbe zu vertreten[2]) hat.

Jedes Verschulden ist, wie bekannt, ein rechtswidriges Wollen, entweder Vorsatz oder Fahrlässigkeit, und es fragt sich nur, was man hiernach darunter zu verstehen hat. Denn der Begriff „Vorsatz" ist sehr streitig.

1. Nach der allgemein anerkannten Ansicht ist Verschulden entweder bewusstes Wollen[3]) einer rechtswidrigen Handlung und des durch diese herbeizuführenden Erfolges oder der Mangel an gehöriger Sorgfalt, sog. Fahrlässigkeit, durch welche der infolge einer an sich nicht rechtswidrigen Handlung bewirkte verletzende Erfolg herbeigeführt wird[4]).

Es handelt sich also bei der Schuld, wie Hass[5]) ganz

[1]) d. h. fahrlässiger Weise nicht kannte. (Oertmann, Kommentar zu § 307 B.G.B. Anm. 2.) Vgl. auch für das B.G.B. § 122 Abs. 2 und Motive S. 178. Und zwar ist, wie Kisch (a. a. O. S. 96) zutreffend bemerkt, die Fahrlässigkeit „nicht, wie im Strafrecht, nach einem subjektiven, sondern nach einem objektiven Gesichtspunkt" zu beurteilen, wobei die erforderliche Sorgfalt an dem abstrakten Massstab der Sorgfalt und Umsicht eines ordentlichen Hausvaters (bezw. der „im Verkehr erforderlichen Sorgfalt" nach B.G.B. § 276 Abs. 1) gemessen wird.

[2]) Dieser Ausdruck ist nach den Motiven Bd. II S. 45 dem Schweizer Bundesgesetz über das Obligationenrecht vom 14. Juni 1881 entnommen. Vgl. Kleineidam, S. 91 Anm. 5.

Nach röm. Recht haftet der Schuldner nur, wenn ihm ein Verschulden (eben Vorsatz oder Fahrlässigkeit) zur Last fällt.

An die Stelle dieses gemeinrechtlichen Verschuldens ist für das B.G.B. die „Vertretungspflicht" getreten, welche weiter gehend ist. Vgl. Kleineidam, S. 91, S. 93 und Heilfron, Das bürgerliche Recht II. Teil 2. Abteil. § 14 Anm. 2.

[3]) sog. Willenstheorie. Vgl. z. B. Dernburg, das bürgerl. Recht Bd. II S. 134: „Verschulden ist schädigende Rechtsverletzung, welche auf einen Willensfehler des Schädigers zurückführt". Doch hat das B.G.B. diese im Strafrecht herrschende Theorie verlassen und sich auf den Standpunkt der sog. Vorstellungstheorie gestellt. (Crome, System Bd. I S. 484 Anm. 16.) Vgl. über diese im Einzelnen v. Liszt, Strafrecht § 39, woselbst Vorsatz definiert ist als „die Voraussicht des durch die Willensbethätigung bewirkten oder nicht gehinderten Erfolgs" und Endemann, Lehrbuch Bd. I § 112 Note 6 und daselbst S. 637. Vgl. auch Heilfron a. a. O. § 15 S. 113, 114.

[4]) Im ersteren Falle will ich also die Handlung und den durch dieselbe herbeizuführenden Erfolg; im letzteren Falle will ich zwar auch die Handlung, aber nicht den durch diese bewirkten verletzenden Erfolg, welcher jedoch durch meinen Mangel an der gehörigen Sorgfalt, d. i. meine Fahrlässigkeit, herbeigeführt wird.

Vgl. auch die bezüglich der Fahrlässigkeit nicht ganz zutreffende Definition der Schuld von Carl Hass in Iherings Jahrbüchern Bd. 37 S. 355.

[5]) Hass, a. a. O.

richtig bemerkt, um ein Willensmoment und um ein Wissensmoment[6]).

Bezüglich der Fahrlässigkeit kennt nun das Recht besondere Abstufungen, indem es den Schuldner bisweilen nur für grobe Fahrlässigkeit, öfter für diejenige Sorgfalt haften lässt, die er in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt, ihn mitunter auch sogar schon für Ausserachtlassung der Sorgfalt eines ordentlichen Hausvaters, d. h. für ein ganz geringes Versehen, in Anspruch nimmt. Jedoch kann diese Haftung in einzelnen Fällen durch Gesetz oder durch private Vereinbarung gemildert oder verschärft[7]) werden.

Demnach ist also die Haftung des Schuldners nicht nur nach den einzelnen Verpflichtungsgründen, sondern auch nach der speziellen Parteiabrede durchaus verschieden[8]).

II. Sehr streitig ist es nun, ob der Schuldner, wenn er eine vorliegende Unmöglichkeit fahrlässiger Weise nicht kannte, nur diejenige Fahrlässigkeit bei der Unkenntnis zu vertreten hat, welche ihm bei dem speziell gerade in Betracht kommenden Rechtsgeschäft zur Last fällt, oder ob hierauf (d. h. auf seine Fahrlässigkeit) die allgemeinen Grundsätze über die Haftung für Verschulden anzuwenden sind[9]).

---

[6]) Ebenso Motive II S. 280, welche den Vorsatz als „wissentliches und willentliches" Handeln bezeichnen. Anders dagegen die Vorstellungstheorie des B.G.B., welches immer nur vom Kennen oder Wissen des Thatumstandes, nicht vom Wollen desselben spricht. Vgl. Crome, a. a. O. S. 484 unter Ziff. 3.

[7]) So kann durch Parteiabrede z. B. die Haftung selbst für grobe Fahrlässigkeit von vornherein ausgeschlossen werden (— für *dolus* allerdings nicht; ebenso B.G.B. § 276 Abs. 2 —).

Umgekehrt kann die Verantwortlichkeit des Schuldners bis zur Haftung für Zufall und höhere Gewalt gesteigert werden.

(Vgl. z. B. §§ 701 und 848 B.G.B.)

[8]) Es erfordert somit die Beantwortung der Frage, für welche Unmöglichkeit der Schuldner einzustehen hat und für welche er nicht zu haften braucht, nicht nur eine Darstellung der allgemeinen vom Gesetz aufgestellten Regeln, sondern auch ein Eingehen auf die Rechtssätze der einzelnen Schuldverhältnisse und deren eventuelle Modifikationen durch Parteiabrede.

Beides gehört nicht mehr in dem Rahmen der vorliegenden Untersuchung und würde uns hier auch zu weit führen.

Da nun ausser dieser grundlegenden Materie von der Haftung für das Verschulden auch der Umfang des Interesses eine besondere Lehre für sich bildet, so wollen wir die Rechtssätze über diese rechtlichen Unterlagen für die hier zur Erörterung stehende Vertretungspflicht als bekannt voraussetzen.

[9]) Kleineidam, a. a. O. S. 37, wo der Verfasser mit Recht bemerkt, dass diese Frage sowohl bei den Verträgen Bedeutung gewinnt, bei welchen die

Die Meinungen der Autoren gehen hierüber sehr auseinander. Mommsen[10]) lässt einen Anspruch auf Schadenersatz nur bei *dolus* oder *culpa lata* des Verpflichteten zu. Andere Schriftsteller[11]) halten nur den im konkreten Rechtsverhältnis zu vertretenden Grad von Fahrlässigkeit für massgebend[12]). Noch weiter geht v. Ihering, welcher einen Anspruch auf Entschädigung schon bei *culpa levis*, insbesondere beim Vorliegen einer sog. *culpa in contrahendo*[13]) zulässt, d. h. wenn jemand kontrahiert hat, ohne seiner Sache ganz sicher zu sein[14]).

U. E. wird man richtig gehen, wenn man dem von den Motiven zu dem Entwurfe I. Lesung[15]) eingeschlagenen Mittelweg folgt und in Übereinstimmung mit ihnen als Voraussetzung der Haftung für die in Rede stehende Fahrlässigkeit eine nach den allgemeinen Grundsätzen zu beurteilende

---

Haftung eines Kontrahenten für die Fahrlässigkeit von den allgemeinen Grundsätzen abweicht, als auch bei denen, bei welchen durch Parteiabrede die Haftung für Fahrlässigkeit abweichend vom Gesetze (entweder verschärfend oder abschwächend) geregelt ist. (Vgl. auch Dernburg a. a. O. Anm. 13.)

[10]) Mommsen, Beiträge I S. 108, 109.

[11]) z. B. Ebert in Fischers und Henles Handausgabe des B.G.B. Anm. 2 zu § 307.

[12]) Diese Ansicht ist jedoch u. E. unrichtig.

Vgl. darüber Kleineidam S. 38, dessen Begründung wir durchaus beitreten.

Ebenso stehen auch die meisten übrigen Schriftsteller auf demselben Standpunkt wie Kleineidam, z. B. Planck, a. a. O. Buch II Anm. 1 zu § 307; Schollmeyer, a. a. O. S. 153. Vgl. auch Crome Bd. 1 § 109 unter Ziff. 3.

[13]) v. Ihering in seinen Jahrbüchern Bd. IV.

In den Quellen handeln übrigens die Hauptstellen, auf denen die ganze Lehre von der *culpa in contrahendo* aufgebaut wird, gerade von dem speciellen Falle des Vorliegens einer Unmöglichkeit der Leistung. Vgl. v. Ihering, a. a. O. S. 9 ff.; Kleineidam S. 40.

[14]) Dass eine Entschädigungspflicht aus einer solchen *culpa in contrahendo* entsteht, ist in der neueren gemeinrechtlichen Theorie fast allgemein anerkannt. (Vgl. Kleineidam S. 40; Bernhöft in Iherings Jahrb. S. 143.)

Doch ist es sehr bestritten, ob die Haftung aus dieser *culpa* eine kontraktliche oder ausserkontraktliche ist. Vgl. hierüber v. Ihering, a. a. O. S. 29. Windscheid, Pandekten Bd. II § 307 Anm. 5; Dernburg, Pand. Bd. II § 10 Anm. 10; Kleineidam S. 40. U. E. wird man, wie dem auch sei, mit Kleineidam (S. 41) unbedenklich annehmen können, dass die Römer jenen Entschädigungsanspruch jedenfalls nicht für einen deliktischen gehalten haben. (Vgl. l. 8 § 1 D. 11,7.)

[15]) Motive Bd. II S. 179 zu § 345 des Entwurfs.

Zu bemerken ist hierbei noch, dass an die Stelle des § 144 Abs. 1 des Entwurfs I. Lesung jetzt die entsprechende Regelung durch den § 276 B G.B. getreten ist. Vgl. Protokolle der Kommission II. Lesung S. 375 und Kleineidam S. 39.

Verschuldung annimmt, wobei man als absoluten Massstab „die Anwendung der Sorgfalt eines ordentlichen Hausvaters“ [16]) zu betrachten hat.

III. Unabhängig von dieser Streitfrage ist als Grundsatz über den Einfluss des Verschuldens Folgendes festzuhalten:

1. Der *dolus*, dem die *culpa lata* gleichsteht, hat zur Folge, dass der hintergangene Kontrahent das Recht erhält, nach seiner Wahl entweder vom Vertrage zurückzutreten oder denselben zur Strafe für das dolose Verhalten des Mitkontrahenten aufrecht zu erhalten und Schadenersatz zu verlangen.

Mit dieser Wirkung des Verschuldens hängt aufs Engste [17]) die weitere Frage zusammen, wie sich das wegen desselben zu prästierende Interesse [18]) gestaltet.

2. Diese Frage ist, je nachdem der Vertrag [19]) giltig bleibt oder aufgehoben wird, verschieden zu beantworten.

a) Das Geschäft bleibt giltig.

Bleibt bei einem solchen auf eine teilweise unmögliche Leistung gerichteten Schuldverhältnis das Geschäft giltig, dann ist dem Gläubiger das Interesse zu ersetzen, welches er an der vollständigen Erfüllung der Obligation hatte (sog. Erfüllungsinteresse).

b) Das Geschäft wird hinfällig.

Hat das Verschulden bei der teilweisen Unmöglichkeit Reszission des ganzen Geschäfts zur Folge, so wird dieses nichtig, aber **nicht** in jeder Weise unwirksam.

---

[16]) Mit Recht hebt Bernhöft in Bekker u. Fischers Beiträgen Heft 12 S. 34 Anm. 1 hervor, dass „der ordentliche Hausvater“ des B.G.B. dem römischen *bonus pater familias* durchaus nicht entspricht. Auch sei die anzuwendende Sorgfalt nicht scharf genug umgrenzt. Vgl. über den Massstab des ordentlichen Hausvaters im Übrigen die Motive a. a. O.

[17]) Vgl. Carl Hass, welcher in Iherings Jahrbüchern Bd. 37 S. 331 mit Bezug hierauf sagt: „Die Lehren von der Verursachung und Verschuldung sind als Grundpfeiler der gemeinrechtlichen Lehre vom Interesse zu bezeichnen“.

[18]) d. h. das besondere Vermögensinteresse, ein Begriff, der mit „Schadensersatz“ identisch ist.

[19]) Mit diesem Ausdruck soll nicht etwa gesagt werden, dass immer gerade ein Vertrag vorliegen muss. Es kann vielmehr natürlich **jedes** Rechtsgeschäft hierbei in Frage kommen. (Ebenso oben S. 26.)

Mit der Nichtigkeit der Obligation nämlich lässt sich eine Pflicht zur Entschädigung sehr wohl vereinigen[20]). Doch kann in diesem Falle natürlich nicht das Interesse in Frage kommen, welches der Gläubiger an der Erfüllung des unmöglichen Teils der Leistung hatte. Denn eine unmögliche Leistung kann, wie wir gesehen haben, überhaupt nicht geschuldet, mithin zu einer solchen Leistung niemand verpflichtet werden und daher ist auch ein Interesse für die Nichterfüllung einer unmöglichen Leistung nicht denkbar[21]).

Vielmehr bildet alsdann den Gegenstand der Prästationspflicht des Schuldners das Interesse[22]), welches der Gläubiger daran hatte, **über die wahre Beschaffenheit der Leistung nicht getäuscht zu sein.**

Hier ist also nur der Schade in Betracht zu ziehen, den der Gläubiger dadurch erlitten hat, dass er auf das Zustandekommen eines giltigen Geschäftes vertraute[23]) (sog. negatives Vertragsinteresse, Windscheid, a. a. O. § 315 Anm. 7).

IV. Zur Begründung des Anspruchs auf dieses (negative Vertrags-) Interesse genügt es nach der herrschenden Ansicht

---

[20]) Vgl. oben § 4 den Text zu Anm. 11 und Windscheid, Pand. § 315.

[21]) Vgl. das von Dernburg, Bürgerl. Recht Bd. II S. 129 Anm. 5 angeführte Urteil des Reichsgerichts XXXIII S. 221. Ferner R.G. in Seufferts Archiv LIV, N. 216 (Jur. Woch. 1899 S. 399 N. 16).

[22]) Diese Art des Entschädigungsanspruchs kann mit der Kontraktsklage aus dem auf Unmögliches gerichteten nichtigen Vertrage geltend gemacht werden (Ude im Archiv für d. civil. Praxis Bd. 48 S. 261), sodass die Zulässigkeit der Kontraktsklage durchaus keinen Schluss auf die Giltigkeit oder Nichtigkeit des Vertrages gestattet. Arg. l. 62 § 1 D. de contr. empt. (18,1): *„licet emptio non teneat, ex empto tamen adversus venditorem experietur;*

§ 5 J. de empt. et vend. 3,23 — — — — *si* — — — — — *deceptus* — — — — *emerit, habebit actionem ex empto.* (Vgl. auch l. 8 § 1 D. 11,7).

Es zeigt sich hier diejenige Funktion der Klage, welche entsprechend der Natur der *bonae fidei*-Kontrakte auf Beseitigung der durch das dolose oder kulpose Handeln des Schuldners eingetretenen Nachteile gerichtet ist. Vgl. über die beiden citierten Stellen auch noch Krug, a. a. O. S. 25, 26, welcher im Gegensatz zu Leonhard ebenfalls die Ansicht vertritt, dass diese Quellenstellen nur auf das negative Vertragsinteresse bezogen werden können. Vgl. über diese beiden Stellen auch Bernhöft, welcher in Iherings Jahrb. Bd. 14 S. 138 ff. darlegt, der Ausdruck *„licet emptio non teneat“* berechtige nicht dazu, den Kauf für nichtig zu halten (vgl. daselbst auch S. 78).

[23]) v. Kübel, a. a. O. S. 9. So kann der Käufer also verlangen, *„quod interfuit eius ne deciperetur“* (l. 62 § 1 D. de contr. empt. 18,1) oder nach den Institutionen *„quod sua interest deceptum eum non esse“*. (§ 5 I. 3,23.) Vgl. hiezu Bernhöft in Iherings Jahrb. Bd. 14 S. 141 ff.

nicht, dass eine Täuschung in dem Kontrahenten, der sich auf das Zustandekommen des Geschäfts verlassen und dadurch einen Nachteil erlitten hat, hervorgerufen wurde.

1. Es muss vielmehr noch, um die Kette zu schliessen, das Moment der Verschuldung hinzutreten. Das heisst also: die im Versprechensempfänger erregte Täuschung muss vom Versprechenden absichtlich hervorgerufen, verschuldet sein. Denn nach den Grundsätzen des Gemeinen Rechts[24]) giebt es **ohne Schuld keine Haftung für Schadenersatz.**

2. Es muss aber zweitens zwischen der schuldhaften Handlung des in Anspruch Genommenen und dem eingetretenen schädigenden Erfolge ein ursächlicher Zusammenhang vorliegen[25]).

Erst wenn bei dem schuldhaften Verhalten des Promittenten die Kausalität zwischen der täuschenden Zusage und dem infolge des Vertrauens auf diese von seiten des andern Teils erlittenen Schaden gegeben ist, kann der schuldhaft Handelnde für den von ihm verursachten Schaden auf jenes Interesse haftbar gemacht werden[26]).

„Eine solche Verschuldung liegt aber ebensowohl dann vor, wenn der Versprechende die teilweise Unmöglichkeit

---

[24]) Vgl. v. Ihering, „Das Schuldmoment im römischen Privatrecht“ S. 163, 199: „Nicht der Schaden verpflichtet zum Schadensersatz, sondern die Schuld!“ In dieser Schrift hat Ihering auch die gegenteilige Ansicht, das römische Recht habe vielfach eine Schadensersatzpflicht auch ohne Schuld statuiert, als irrig widerlegt. Vgl. hierüber Hass, a. a. O. S. 333 und die von diesem dort Anm. 7 und 8 citierten Schriften.

Über denselben Grundsatz bei Deliktsobligationen (insbesondere bezüglich der *lex Aquilia*) vgl. Hass, a. a. O. S. 332 und die dort Anm. 6 aufgeführte Litteratur.

[25]) Vgl. hierüber die bereits citierte Abhandlung von Carl Hass „Über die Verwertbarkeit des Gegensatzes von adäquatem und inadäquatem Kausalzusammenhang in der Lehre vom Interesse“ in Iherings Jahrb. Bd. 37 S. 327 ff.

Vgl. ferner auch Crome, System des deutschen Bürgerlichen Rechts Bd. I. § 108 unter 1: „Rechtlich relevante Verursachung ist überall vorhanden, wo die That eine der zahlreichen wirkenden Bedingungen gesetzt, den natürlichen Kausalismus der Dinge angeregt und auf den missbilligten Erfolg hingelenkt hat“.

[26]) Vgl. hierüber Mommsen, „Die Lehre vom Interesse“ (Beiträge zum Oblig. Recht II. Abt.) S. 139 ff., Windscheid, Heidelberger kritische Zeitschrift für die gesamte Rechtswissensch. v. 1855 S. 525—563 und Pandekten § 258.

Cohnfeldt, „Die Lehre vom Interesse nach römischem Recht“, 1865, § 12 S. 136 ff.

kannte und dem andern verheimlichte, als auch dann, wenn er sie zwar nicht kannte, aber kennen musste[27])", d. h. sich in unentschuldbarer Unkenntnis über dieselbe befand[28]).

Ist jedoch auch der Gegenpartei die Unmöglichkeit der Leistung bekannt oder infolge grober Fahrlässigkeit nicht bekannt gewesen, dann wird die *culpa* des Verpflichteten durch die ihr auf der anderen Seite gegenüberstehende Schuld aufgehoben (sogenannte Kompensation[29]) der *culpa*).

Im Streitfalle ist die Beweislast hierbei so zu verteilen, dass der den Schadensersatz[30]) fordernde Teil die Kenntnis bezw. Fahrlässigkeit bei der Unkenntnis des andern Teils

---

Übrigens ist die früher sehr verbreitete irrige Anschauung, der Schade müsse die unmittelbare Folge oder wenigstens die notwendige Folge der zum Ersatz verpflichtenden Thatsache (also des schuldhaften Verhaltens) sein, durch Mommsen und Cohnfeldt gründlich widerlegt und dargethan worden, dass zum Anspruch auf Schadensersatz nur der Nachweis erforderlich ist, dass der Nachteil die wirkliche Folge der zum Ersatz verpflichtenden Thatsache sei. (Ebenso Windscheid, Pand. § 258 sub 2 und Heidelb. Krit. Ztschr. Bd. 2 S. 540 ff.)

Vgl. hierüber Hass, a. a. O. S. 399 ff. u. Oertmann, Kommentar (Vorbemerkung zu § 249/54) S. 11, welcher auf demselben Standpunkt steht.

Vgl. zu der ganzen Frage über die Haftung für das Verschulden die von Windscheid, Pand. a. a. O. Anm. 10, 13, 14 u. 16 und Dernburg, Pand. II § 45 Note 5 angegebene Litteratur sowie Motive II S. 18 u. Denkschrift S. 44.

Über den neueren Standpunkt der Lehre vgl. Crome, a. a. O. §§ 108 und 109.

[27]) v. Kübel, a. a. O. S. 10, 11.

[28]) sodass ihm in dieser Beziehung eine grobe Fahrlässigkeit zuzuschreiben ist. Vgl. oben Anm. 1 zu diesem Paragraphen.

[29]) Vgl. darüber Priester, *Compensatio culpae*, 1896; Eichhoff, *compensatio culpae*, 1898; Levison, Kompensation der *culpa*; Plog, Sog. Culpakompensation, 1896.

[30]) Worauf sich im Einzelnen der Schadensersatzanspruch richtet, wann Erfüllung, Schadensersatz wegen teilweiser Nichterfüllung (das negative Vertragsinteresse) bezw. Rücktritt vom Vertrage „unter Ablehnung des noch möglichen Teils der Leistung (B.G.B. § 280 Abs. 2)" und Schadensersatz wegen gänzlicher Nichterfüllung verlangt werden kann, wird unten im besonderen Abschnitt bei der Behandlung der einzelnen Schuldverhältnisse erörtert werden. Ausführlich behandelt ist diese Frage übrigens für das Recht des B.G.B. von Schöller in seinen Aufsätzen über „Schadensersatz wegen Nichterfüllung bei gegenseitigen Verträgen nach dem B.G.B.". (Gruchots Beiträge, Bd. 44, 45 und 46.)

Bemerkt sei jedoch schon hier, dass der Schadensersatzanspruch des Gläubigers (im Falle objektiver Unmöglichkeit der Leistung) nach Gemeinem Recht stets auf Geld geht. (Ähnlich, aber doch anders B.G.B. § 251.)

beweisen muss und der Beklagte dann eventuell seinerseits wiederum einwenden kann (und natürlich beweisen muss), dass auch der Ersatzfordernde die Unmöglichkeit gekannt bezw. fahrlässiger Weise nicht gekannt habe[31]).

2. Abschnitt.

Die Wirkung der teilweisen Unmöglichkeit bei den einzelnen Rechtsgeschäften.

Wir wollen im vorliegenden Abschnitt die bisher erörterten Grundsätze mit einigen Quellenentscheidungen belegen, um an diesen die Richtigkeit der von uns aufgestellten Grundsätze nachzuweisen.

Zu diesem Zweck empfiehlt es sich, nach dem Vorgang Kleineidams[1]) eine Einteilung des Stoffes in einseitige und zweiseitige[2]) Rechtsgeschäfte vorzunehmen.

Diese Gruppierung ergiebt sich bei der Unmöglichkeitslehre ganz von selbst aus der Natur der Sache, weil der Einfluss der Unmöglichkeit sich in verschiedener Weise äussert[3]), je nachdem nur eine einseitige (durch einseitiges Rechtsgeschäft bezw. einseitig verpflichtenden Vertrag begründete) Verpflichtung zur Leistung vorliegt oder letztere von der Verpflichtung zu einer Gegenleistung abhängt.

Die erwähnte Unterscheidung ist deshalb auch für die ganze fernere Behandlung unseres Themas festzuhalten.

§ 6. Die einseitigen Rechtsgeschäfte.

(Das Vermächtnis.)

Im Folgenden nehmen wir das Legat als Hauptbeispiel eines einseitigen Schuldverhältnisses, weil sich die hier in Betracht kommenden Quellenstellen fast ausschliesslich auf Vermächtnisse[4]) beziehen.

---

[31]) Schollmeyer, a. a. O. S. 157; Kleineidam S. 36. Vgl. unten § 14I unter f.

[1]) Kleineidam, § 1 S. 19, S. 127.

[2]) d. h. einseitig verpflichtende und zweiseitig verpflichtende Rechtsgeschäfte.

[3]) Kleineidam, S. 2. Für das Recht des B.G.B. s. unten § 10 a. E. (S. 74).

[4]) Mommsen, Beiträge I S. 155.

I. Wann und ob eine Unmöglichkeit einer durch Vermächtnis auferlegten Leistung im einzelnen Falle vorliegt, ist nach dem oben[5]) aufgestellten allgemeinen Grundsatz zu entscheiden, wonach bei Prüfung dieser Frage alle Modalitäten der Leistung nach dem Gegenstande und gesammten Inhalt des betr. Schuldverhältnisses zu berücksichtigen sind.

Bei Schuldverhältnissen aus einem Vermächtnis ist es nun ganz besonders schwierig, hierüber eine Entscheidung zu treffen, da bei ihnen — im Gegensatz namentlich zu den Verbindlichkeiten aus Verträgen — weder der Verpflichtungsgrund noch das Interesse der Parteien einen Anhaltspunkt zur Beurteilung der Sachlage bieten, sondern der Wille des Erblassers **allein** der ausschlaggebende Faktor ist[6]).

Dieser gewaltige Einfluss der *nuda voluntas testatoris* zeigt sich bereits bei der vorweg zu erörternden Frage, wann bei Vermächtnissen eine ursprüngliche Unmöglichkeit der Leistung als vorliegend anzunehmen, d. h. welcher Zeitpunkt für den Beginn der Verpflichtung des Onerierten zu Grunde zu legen ist.

Für das Gemeine Recht bestimmt hierüber die sog. *regula Catoniana*, welche in der *l. 1 pr. D. de reg. Cat (34,7)*[7]) wiedergegeben ist, dass als der kritische Moment der Entstehung des Schuldverhältnisses das *tempus testamenti facti*, „die Zeit der Testamentserrichtung oder der sonstigen Anordnung des Vermächtnisses“[8]) zu betrachten ist.

II. Nach dieser Vorbemerkung können wir uns der Erörterung der Frage zuwenden, welchen Einfluss eine teil-

[5]) Vgl. oben § 2 unter V.

[6]) Vgl. hierüber Kleineidam, S. 51 und daselbst Anm. 10.

[7]) Die Stelle lautet: *Catoniana regula sic definit: quod, si testamenti facti tempore decessisset testator, inutile foret, id legatum quandocumque decesserit non valere.* (Vgl. Windscheid Pand. III § 638.)

[8]) Kleineidam, S. 55; Mommsen, a. a. O. S. 111. Doch ist diese Entscheidung des römischen Rechts nicht unbedenklich, da der Wille des Erblassers ja doch rechtlich erst dann (und überhaupt nur dann) in Betracht kommt, wenn er zur Zeit des Todes desselben noch unverändert geblieben ist. — Aus diesem Grunde hat das B.G.B. in § 1922 eine andere Bestimmung getroffen und als den kritischen Zeitpunkt den Tod des Erblassers festgesetzt. Vgl. unten Hauptteil III § 15 I A 1 unter a.

weise Unmöglichkeit auf die aus einem Vermächtnis herrührende Verpflichtung ausübt. Zunächst fragt es sich: Ist überhaupt bei Schuldverhältnissen aus Legaten eine nur teilweise Unmöglichkeit der Leistung denkbar?

Unsere Antwort lautet: Ja![9]).

Eine teilweise Unmöglichkeit der Leistung kann bei Legaten sogar in den verschiedensten Kombinationen vorkommen.

In den Quellen findet sich als Beispiel das Legat einer dem Honorierten gehörigen Sache, an welcher ein Dritter oder der Testator selbst ein dingliches Nutzungs- oder ein Pfandrecht hat.

Als ferneres Beispiel kann der umgekehrte Fall dienen, wo der Erblasser eine ihm (oder einem Dritten) gehörige Sache vermacht, an welcher der Bedachte bereits ein dingliches Nutzungs- oder ein Pfandrecht hat.

Hier ist beide Male die Leistung in Bezug auf den dem Legatar schon zustehenden Bestandteil des Eigentums[10]), also zu **einem** mehr oder minder grösseren **Teil unmöglich.**

III. Mit Unrecht bestreitet u. E. Titze (a. a. O. S. 45), dass die Erfüllung dann zum Teile möglich ist, wenn der Schuldner dem Gläubiger nicht das Alleineigentum, sondern nur ein Recht (oder einen Teil des Eigentumsrechtes) an der geschuldeten Sache verschaffen kann. Im Gegensatz zu Mommsen[11]) ist er der Meinung, es wäre „fehlerhaft, wollte man das Eigentum in dem Sinne als die plenitudo potestatis über eine Sache auffassen, dass man die beschränkten Rechte an einer Sache zu ihm in das Verhältnis der Teile zum Ganzen stellte“[12]). Die Leistung bleibe hier für den Schuldner eine ebenso total unmögliche, wie sie es sei, wenn ihm keinerlei Recht an der Sache zustehe. Denn Eigentum und *jura in re* seien eben völlig verschiedene Dinge und hätten

[9]) Anderer Ansicht Titze, a. a. O. S. 45 und Brinz, Lehrbuch der Pandekten II 1 § 245 S. 125. Vgl. dagegen Mommsen, Beiträge I S. 155 ff. und Planck, Bürgerl. Gesetzbuch Bd. II S. 232 unter 4 Abs. 2.

[10]) Gehört dem Honorierten bereits ein Teil der Sache selbst, ist er also Miteigentümer, dann gilt der andere, ihm noch nicht zustehende Teil des Eigentumsrechts an der Sache als vermacht. Mommsen, a. a. O. S. 155.

[11]) Mommsen, Beiträge I S. 155 ff.

[12]) Titze, a. a. O.

nichts zu thun mit dem logischen Gegensatz des Ganzen und seiner Teile.

Titze macht freilich u. E. hierbei zunächst selbst den Fehler, dass er das Ganze und seine Teile in einen „logischen" Gegensatz zu einander stellt, während ein solcher doch nur ziffermässig und rein mathematisch gedacht besteht und gerade logisch betrachtet das Eigentum und *jura in re* sich sehr wohl mit dem Ganzen und seinen Teilen vergleichen lassen. Sodann vermissen wir auch irgend eine Begründung dieser seiner Ansicht.

Demgegenüber wird man u. E. mit Kisch[13]) und in Übereinstimmung mit Mommsen[14]) unbedenklich annehmen können, dass eine teilweise Unmöglichkeit der Erfüllung, welche ja doch ebensowohl bei ideeller[15]) wie bei reeller Teilbarkeit der geschuldeten Leistung vorkommt, „auch in der Teilbarkeit des zu übertragenden Rechts, insbesondere des Eigentums", begründet sein kann, „sei es nun, dass blos ein ideeller Anteil verschafft werden kann, sei es, dass zwar Alleineigentum gewährt wird, aber unter Beschränkung durch dingliche Rechte Dritter, z. B. Pfandrechte, Dienstbarkeiten, Grundschulden u. s. w." Freilich ist auch Kisch des immerhin etwas eigenartigen Verhältnisses dieser Teile des Rechts zu dem Ganzen sich sehr wohl bewusst; denn er hebt[16]) noch besonders hervor, dass ein in solcher Weise eingeschränktes Eigentum nicht eigentlich als ein Teil des unbeschränkten Eigentumsrechtes betrachtet werden könne. Dennoch aber behält er mit Mommsen den auch vom Verfasser vertretenen Standpunkt bei, dass für solche Fälle — da dann dem Gläubiger eben weniger gewährt wird als ihm zukommt — die Grundsätze über teilweise Unmöglichkeit der Leistung in Anwendung zu bringen sind.

Dass der Gläubiger aber in derartig gearteten Fällen einen Teil weniger erhält, als ihm zukommt, ist ganz offensichtlich.

---

[13]) Kisch, a. a. O. S. 165.

[14]) Mommsen, l. c. Vgl. auch Planck, a. a. O.: „Die Rechtsverschaffung ist . . . . . nur ein Teil der dem Verkäufer obliegenden Leistung".

[15]) Siehe oben § 3 II unter b.

[16]) Kisch, l. c.

Denn wenn ein Dritter durch die dinglichen Rechte, die er an der vermachten Sache hat, dem Legatar die Nutzung der Sache beeinträchtigt, so ist das Eigentum an derselben eben ein mangelhaftes[17]). Ja, insoweit die Nutzung anderer die Sache des Legatars ergreift, wird sie gar nicht als ihm, sondern als dem dinglich Berechtigten gehörig betrachtet[18]).

Steht also dem Erblasser das dingliche Recht zu, so wird das Vermächtnis als Legat einer in Bezug auf diesen Teil[19]) dem Erblasser gehörigen Sache aufgefasst[20]).

Die hier gemeinten Eigentumsbeschränkungen (dinglichen Rechte und Nutzungen) sind: Prädialservituten, Ususfructus, Emphyteuse, Superficies und das Pfandrecht.

IV. Durch die verschiedene Natur dieser die Unmöglichkeit bedingenden Rechte wird nun die Behandlung der gedachten Fälle von teilweiser Unmöglichkeit entsprechend modifiziert.

A. Die vermachte Sache steht im **Eigentum** des **Bedachten**; der **Testator** hat aber an derselben das Recht der **Emphyteuse** oder **Superficies.**

1. Hier also hat der **Erblasser** das dingliche Recht und somit, wie eben ausgeführt, gewissermassen einen Teil der Sache selbst[21]).

a) Der Erblasser hat die **Emphyteuse.**

Von der Emphyteuse sagt die l. 71 § 5 D. de leg. I (30): *„Si fundus municipum vectigalis ipsis municipibus sit legatus, an legatum consistat petique possit, videamus; et Julianus libro*

---

[17]) d. h. der Legatar ist dann entweder in der Ausschliesslichkeit oder in der Totalität seiner Herrschaft über die Sache beschränkt.

[18]) Arndts, Forts. von Glücks ausführl. Erläuterung der Pandekten Bd. 46 S. 243; Rosshirt, Die Lehre von den Vermächtnissen, Bd. II S. 164.

[19]) Anderer Meinung Brinz, a. a. O. 2. Aufl. S. 125 (bei Anm. 31), welcher, da hier die Eigentumsbeschaffung in ihrer Totalität unmöglich ist, wie Titze auch keine teilweise Möglichkeit der Leistung annimmt.

[20]) Vgl. Arndts, a. a. O., woselbst es heisst: „Darin stimmen . . . . alle überein, dass man das Legat einer dem Legatar selbst gehörenden Sache in Ansehung der daran einem Anderen zustehenden dinglichen Rechte nach gleichen Gesichspunkten als wirksam anerkennen müsse, wie das Legat einer dem Legatar **zum Teil nicht** gehörenden Sache."

Vgl. auch Arndts, l. c. S. 127.

[21]) Vermacht er nun diese dem Honorierten bereits gehörige Sache, dann liegt bei einem solchen Legat eben einer der Fälle von teilweiser Unmöglichkeit der durch ein Vermächtnis auferlegten Leistung vor.

trigensimo octavo digestorum scribit, quamvis fundus vectigalis municipum sit, attamen, quia aliquod ius in eo is qui legavit habet, ***valere legatum.***"

b) Der Erblasser hat die **Superficies.**

Ebenso wird für die Superficies entschieden in l. 86 § 4 D. eod.: „***Valet legatum,*** *si superficies legata sit ei, cuius in solo fuerit, licet is dominus soli sit: nam consequetur, ut hac servitute liberetur et superficiem lucrifaciat.*"

Hier wie dort also ist das Vermächtnis giltig, d. h. der Bedachte wird den noch zu leisten möglichen Eigentumsteil des Legats beanspruchen dürfen mit der Wirkung, dass er Befreiung von diesen dinglichen Rechten des Erblassers verlangen kann[22]).

Dasselbe gilt auch, wenn andere dingliche Rechte[23]) dem Erblasser zustehen[24]) mit Ausnahme der Prädialservituten.

c) Ist nämlich ein dem Legatar gehöriges Grundstück vermacht, welches mit **Prädialservituten** belastet ist, dann ist das Vermächtnis ungiltig. Denn die Prädialservituten werden nicht als ein den **Nutzen der Sache ergreifendes Recht**, wie z. B. *ususfructus* und *emphyteusis*, sondern nur als eine dem vermachten Grundstück anhaftende juristische Eigenschaft aufgefasst[25]). Somit würde hier also eine **völlige** und nur scheinbar eine teilweise Unmöglichkeit vorliegen[26]).

---

[22]) Arndts, Forts. v. Glück XLVI S. 234, 235.
v. Wangerow, Lehrb. der Pandekten II § 525. Anm. 2.

[23]) Sintenis (Civilrecht III § 217 Anm. 16) freilich meint, dass das Vermächtnis nur dann eine Wirkung äussere, wenn der Erblasser gerade das Recht der Superficies oder Emphyteuse habe, da sich nur bei diesen allein die Auslegung rechtfertigen lasse, „dass der Testator mit der gewählten Benennung des Grundstücks selbst nur die ihm davon zustehende Grundgerechtigkeit gemeint habe". Für diese Annahme liegt indessen unseres Erachtens kein Grund vor. Denn es wäre Willkür und ähnlichen Stellen, z. B. l. 19 pr. D. (39,2) und l. 30 D. de noxal. act. (9,4), direkt widersprechend, das „*quia aliquod ius in eo qui legavit habet*" auf Emphyteuse und Superficies allein zu beschränken. Arndts, a. a. O. S. 236, 237.

[24]) z. B. ein Pfandrecht (l. 86 pr. D. l. c.); vgl. unten unter B. 2. Dagegen herrscht Streit bezüglich des Ususfruktus (vgl. die Glosse zu l. 66 § 6 D. de leg. II). Arndts, a. a. O. S. 235. (Vgl. unten unter C. dieses Paragraphen.)

[25]) Salkowski, Forts. v. Glück XLIX S. 93;
Arndts, Forts. v. Glück XLVI S. 125.

[26]) Mommsen, I S. 157, 158.

Der **Wille des Erblassers** nämlich geht im Zweifel auf „alle diejenigen Rechte, in deren **Nutzung** regelmässig der eigentliche Wert des Eigentums gefunden wird“[27]), aber **nicht** auch auf diejenigen Rechte, welche in der Fülle des umfassenderen Eigentumsrechts mit enthalten sein können, „aber sehr häufig von demselben getrennt werden, und zwar ohne dass man darum das Eigentum als ein mangelhaftes betrachtet“.

B. An der vermachten, dem **Legatar** gehörigen Sache steht **dem Testator** oder **einem Dritten**[28]) ein **Pfandrecht** zu.

2. In einem zweiten Falle ist das Vermächtnis sogar dann giltig, wenn die vermachte Sache dem Honorierten bereits gehört, von diesem aber einem Dritten[29]) als Faustpfand hingegeben ist[30]). Arg. l. 86 pr. D. de leg. I (30): „*Si tibi homo, quem pignori dederas, legatus ab alio fuerit, actionem ex testamento habebis adversus heredem, ut pignus luatur.*“

Der Erbe muss dann also die Sache vom Pfandnexus lösen.

C. Diesen eben citierten Digestenstellen, namentlich der letzten[31]), der l. 86 D de leg. I, scheint der äusserst schwierige, von Papinian herrührende Schlusssatz in l. 66 § 6 D. de leg. II (31) zu widersprechen[32]).

Die Stelle lautet: „*Fundo legato si ususfructus alienus sit, nihilo minus petendus est ab herede: ususfructus enim etsi in iure, non in parte consistit, emolumentum tamen rei continet:*

---

[27]) Mommsen, I S. 156.

[28]) Hiermit wird die Streitfrage berührt, ob das Vermächtnis auch dann gültig sei und der Bedachte Befreiung von einschränkenden dinglichen Rechten verlangen könne, wenn diese Rechte einem Dritten, nicht dem Erblasser oder dem Erben zustehen. Vgl. über diese Frage Arndts, a. a. O. S. 235.

[29]) Die folgende Stelle mit Brinz, Pand. S. 874 darauf allein zu beschränken, dass gerade dem Testator der Sklave zum Pfande gegeben sei, ist ganz unzulässig, da nichts hiervon im Wortlaut des Fragments erwähnt ist (Mommsen, I § 17 S. 156 Anm. 4). Vgl. auch Arndts, a. a. O. S. 238.

[30]) Mommsen, l. c. (§ 17 S. 156 Anm. 4).

[31]) Vgl. Mommsen, a. a. O.

[32]) Mommsen, I § 17 a. a. O.

enimvero fundo relicto ob reliquas praestationes, quae legatum sequuntur, agetur, verbi gratia si fundus pignori datus vel aliena possessio sit.

Non idem placuit de ceteris servitutibus. Sin autem res ***mea*** *legetur mihi, legatum propter istas causas* ***non*** *valebit.*"

Diese Worte Papinians können sinngemäss nur so ausgelegt werden, dass das Vermächtnis einer dem Legatar gehörigen Sache wegen des Ususfructus, des Pfandrechts oder Besitzesrechts eines Dritten — dies ist die Bedeutung des „*propter istas causas*" — nicht giltig sein kann.

Denn dieselben (von „*sin autem — valebit*") etwa nur auf die unmittelbar vorher erwähnten Prädialservituten zu beziehen, wäre unzulässig[33]) und auch sprachlich nicht angängig[34]).

Es steht also Papinians Meinung in direktem Widerspruch mit Julians Fragment l. 86 pr. D. de leg. I.

Jede Umdeutung dieser letzteren Stelle, wie sie u. a. z. B. Brinz[35]) versucht hat, ist unnatürlich und hätte wenig Wahrscheinlichkeit für sich. Denn im Gegensatz zum Schluss der l. 66 § 6 cit. besagt Julians l. 86 pr. klar und deutlich: „*propter hanc causam valet legatum*"[36]). Julian hat freilich nur den Fall ins Auge gefasst, dass ein Dritter an der dem Legatar vermachten Sache ein **Pfandrecht** hat. Er würde aber ganz ebenso auch dann entschieden haben, wenn ein Dritter an der Sache des Legatars einen Ususfructus gehabt hätte[37]).

Demnach stehen sich hier zwei Quellenstellen gegenüber, die genau das Gegenteil von einander besagen.

---

[33]) Mommsen, l. c.; Arndts, a. a. O. S. 243.

[34]) weil dann der letzte Satz nicht mit „*sin autem*", sondern etwa mit „*nam si*" oder dergl. angeknüpft worden wäre, schon abgesehen von dem „*iste*", welches wie das Pronomen *ille* stets auf das Entferntere mehrerer in Frage kommender Wörter hindeutet.

Vgl. v. Vangerow, Pand. II, S. 437 § 525 Anm. 2 unter 3, wo er die ganze Ausdrucksweise der Stelle der Auffassung anderer, z. B. Mandreas (*de usufructu quasi parte dominii.* Berol. 1864 p. 33 sq.) entgegenhält.

[35]) welcher meint, der vermachte Sklave könne „ebensowohl dem Testator als dem Bedachten" gehört haben. Arndts, l. c. S. 238; Brinz, Pand. II § 245 Anm. 31.

[36]) Arndts, Forts. v. Glück 49, S. 238.

[37]) Dernburg, Pfandrecht I S. 137; Arndts, l. c. S. 240.

Die von Vangerow[38]) versuchte Lösung dies Widerstreits, deren Einzelheiten hier zu weit führen würden[39]), ist als ebenso unbrauchbar[40]) zurückzuweisen, wie die von Haloander vorgeschlagene Textesänderung[41]), welche wie jede Konjektur einer gewissen Willkür nicht entbehrt. Und so muss man denn angesichts dieses offenbaren Widerstreits auf einen befriedigenden Vereinigungsversuch überhaupt verzichten und zugeben, dass hier unzweifelhaft eine Meinungsverschiedenheit zwischen Papinian und Julian vorliegt, wobei man sich gegenüber der nur „beiläufigen" (Mommsen) und „gelegentlichen" (Arndts) Äusserung Papinians für Julians Meinung zu entscheiden haben wird[42]).

V. Die angeführten Einzelentscheidungen gestatten uns nun folgende allgemeine Regel aufzustellen:

Das Vermächtnis einer Sache, welche in der Totalität ihrer Beziehungen zu leisten unmöglich ist, wird mit Rücksicht auf den zu prästieren noch möglichen Teil aufrecht erhalten[43]).

Somit haben wir also das von uns oben[44]) abgeleitete Princip vollauf bestätigt gefunden.

Verfolgen wir jetzt die Regelung derselben Frage für die zweiseitigen Rechtsgeschäfte (zweiseitig verpflichtenden Verträge).

---

[38]) Vgl. über diese ganze Antinomie die ausführliche Darstellung bei v. Vangerow, a. a. O., welcher sich sowohl über die von Cuiacius und Donellus im Anschluss an Haloander vorgeschlagene Textesänderung: „*praeter istas causas*" statt „*propter istas causas*" als auch über alle übrigen Vereinigungsversuche sehr eingehend verbreitet (7. Aufl. des Lehrbuchs der Pandekten Bd. II S. 437 u. 438).

[39]) Vgl. darüber v. Vangerow, l. c. S. 438 und die Entgegnung von Sintenis, Civilrecht Bd. III a. a. O. u. Mommsen, l. c.

[40]) Mommsen, I l. c. S. 157.
Arndts, l. c. S. 242.

[41]) Vgl. oben Anm. 38 und Arndts, a. a. O. S. 241 Anm. 60.

[42]) Ebenso:
Mommsen, I l. c. S. 157.
Dernburg, l. c. S. 137.
Bachofen, Pfandrecht I S. 137.
Arndts, l. c. S. 240.
Windscheid, Pand. III § 654 Anm. 23.
Rosshirt, Vermächtnisse Bd. II S. 164.
Vgl. auch Arndts in Weiskes Rechtslexikon S. 329 unter 4b.

[43]) Ähnlich Arndts, a. a. O. S. 243.

[44]) Vgl. oben § 4 IIb unter 1 a. E.

§ 7. Die Verträge.

(Der Kauf.)

Die soeben erörterte Form von teilweiser Unmöglichkeit der Leistung findet sich oft genug auch bei dem von den Quellen als Muster eines gegenseitigen Vertrages hingestellten Kaufvertrag.

Also: Der **Käufer** hat entweder an einem **Teil** der gekauften Sache bereits das **Eigentum** oder an der ganzen Sache ein starkes dingliches Recht.

Auch bei der Beurteilung dieser Verhältnisse müssen wir in erster Linie auf den **Willen** der **Kontrahenten**[1]) sehen.

A. Der Käufer hat **Miteigentum.**

1. Hatte der Käufer, ohne es zu wissen, bereits das Miteigentum an dem gekauften Gegenstande, so bleibt der Kauf mit Bezug auf denjenigen Teil des Objekts, welcher dem Käufer noch nicht gehört, **giltig**[2]). Denn da er ja die Absicht gehabt hat, sich die ganze Sache anzuschaffen, so darf man annehmen, dass er das Geschäft auch abgeschlossen haben würde[3]), wenn er von seinem teilweisen Miteigentum Kenntnis gehabt hätte.

Arg. l. 18 pr. D. de contr. empt (18,1):

„*Sed si communis ea res emptori cum alio sit, dici debet scisso pretio pro portione pro parte emptionem valere, pro parte non valere*“[4]).

Natürlich tritt dann aber eine entsprechende Ermässigung des Kaufpreises ein[5]).

2. **Wusste** der Käufer hingegen, dass ihm ein Teil der Sache schon gehöre, dann ist als Kaufobjekt eben nur der

[1]) Vgl. oben § 4 II unter a.
[2]) Mommsen, I S. 176.
[3]) Mommsen, I S. 175, 176.
[4]) Ebenso auch Titze, S. 46 Anm. 20, welcher mit Rücksicht auf diese Stelle zugiebt, dass hier eine nur teilweise Unmöglichkeit der Leistung vorliegt, während er im Übrigen an seinem prinzipiellen Standpunkt festhält, dass die Unmöglichkeit bei den eben behandelten Fällen als eine totale zu betrachten ist. Vgl. auch die Bemerkung von Mommsen, a. a. O. S. 177 Anm. 28.
[5]) Mommsen, I § 17 S. 176.

noch nicht in seinem Eigentum stehende Restteil der Sache zu betrachten[6]).

B. Der Käufer hat **dingliche Rechte** an dem **ganzen** Kaufobjekt.

1. Nicht ebenso gerechtfertigt ist dieselbe Schlussfolgerung[7]) in dem jetzt zu betrachtenden Falle, wenn der Käufer die Superficies, die Emphyteuse oder einen Niessbrauch an dem gekauften Objekt hat[8]), ohne es zu wissen.

Solche Rechte nämlich wie die Superficies, namentlich aber die Emphyteuse, gewähren ja doch schon fast alle Befugnisse und Vorteile des Eigentums[9]), und **Befreiung** von der für diese Vorteile in Gestalt des *solarium* bezw. *canon* hingegebenen Abgabe kann wohl nicht gut als eigentlicher Zweck des Kaufvertrages gedeutet werden, da diese Gegenleistungen doch kaum als Äquivalent, sondern nur als Zeichen der Anerkennung des fremden grundherrlichen Eigentums zu betrachten sind.

Daher ist in diesen Fällen die Annahme nicht begründet, dass der Käufer als Superficiar oder Emphyteuta bei Kenntnis der Sachlage den Vertrag auch um die *nuda proprietas* allein abgeschlossen haben würde.

a) Es muss ihm vielmehr das **Wahlrecht** eingerämt werden[10]), ob er den Kaufvertrag unter entsprechender Reduktion des Preises aufrecht erhalten oder ob er ihn ganz rückgängig machen will.

b) Dasselbe Recht wird man ihm aber auch dann zubilligen müssen, wenn er nur **Usufruktuar** war. Wenngleich zwar der Ususfructus dem Eigentumsrecht auch bei weitem nicht so nahe kommt, wie Superficies und Emphyteuse, so

---

[6]) Mommsen, I l. c.
[7]) Mommsen, I l. c.
[8]) oder wenn umgekehrt dem Käufer das Eigentum und dem Verkäufer die eben angeführten dinglichen Rechte zustehen. Vgl. hierüber unten die Anmerkung 13.
[9]) Windscheid, Pand. § 220 Anm. 4.
Glück, Erl. der Pand. Bd. VIII S. 605.
Baron, Pand. § 178.
Keller, Pand. § 216 S. 420 ff.
[10]) Mommsen, I S. 176.

bildet er doch immerhin den „realen ökonomisch bedeutsamen Inhalt[11]) der Eigentumsberechtigung“[12]), d. h. ein den ganzen Nutzen der ganzen Sache absorbierendes Recht, und aus diesem Grunde muss man ebenso wie vorhin entscheiden[13]).

2. **Kannte** der Käufer seine Rechte an der Sache, dann gilt natürlich nur die *nuda proprietas* als das alleinige Kaufobjekt[14]).

Auch bei den zweiseitigen Rechtsgeschäften also hat sich, wie man sieht, überall die oben[15]) aufgestellte Regel, es komme bei derartigen Verträgen auf die „*contemplatio*“ des die Hauptleistung beanspruchenden Kontrahenten an, als sicherer Wegweiser bewährt.

III. Abschnitt.

Die teilweise Nichtexistenz des geschuldeten Gegenstandes.

§ 8. Der Begriff der Nichtexistenz.

Die Unmöglichkeit der Leistung beruht vielfach auf der Nichtexistenz des geschuldeten Gegenstandes. Die Obligation ist dann gegenstandslos und deshalb ebenso **nichtig**, wie in den übrigen Fällen einer unmöglichen Leistung.

Doch treten bei nur **teilweiser** Nichtexistenz des geschuldeten Objekts ebenfalls ganz eigentümliche Modifikationen dieser allgemeinen Regel ein.

[11]) Arg. l. 66 § 6 D. de leg. II . . . . *ususfructus enim, etsi in iure non in parte consistit, emolumentum tamen rei continet.*

[12]) Müller, Eviktion S. 191.

[13]) Anders liegt hier allerdings die Sache in dem umgekehrten Fall, wenn der Käufer Eigentümer und der Verkäufer Emphyteuta, Superficiar oder Usufruktuar ist. Alsdann ist, wenn der Käufer dieses wusste, die Emphyteuse, Superficies oder der Ususfruktus regelmässig als das alleinige Kaufobjekt anzusehen. — Wusste es dagegen der Käufer nicht, dann kann er stets eine Kaufpreisreduktion verlangen, muss aber — wenn der Verkäufer Emphyteuse oder Superficies hat — mit dieser Massgabe den Vertrag aufrecht erhalten. Dagegen muss man ihm, wenn der Verkäufer den Niessbrauch hat, das oben erwähnte Wahlrecht geben, da anzunehmen ist, dass er es vorgezogen haben würde, zu warten, bis der Niessbrauch von selbst fortgefallen wäre. Vgl. hierüber Mommsen, I S. 177.

[14]) Mommsen, I S. 177.

[15]) Siehe oben § 4 II unter 2.

I. Das Erfordernis der Existenz ist nämlich oft weitergehend[1]) als das der blossen Möglichkeit.

Dies lehrt uns das im praktischen Leben am häufigsten vorkommende Geschäft, der Kauf.

Etwas, das gekauft werden soll, muss nicht blos möglich sein, sondern bereits existieren[2]). Arg. l. 8 pr. D. de contr. empt. (18,1): „*Nec emptio nec venditio sine re quae veneat potest intellegi*“[3]).

Dieser Satz bedeutet:

Blosse Möglichkeit genügt nicht, sondern nur wirkliches Sein, d. h. körperliche Existenz[4]).

II. Es entsteht nun für unsere Untersuchung die besondere Frage, welche Gegenstände nichtexistent sind und wonach ihre Nichtexistenz zu bemessen ist.

1. Als nichtexistierend kann hier nur das gelten, was in der Natur nicht vorhanden, also **physisch** zu leisten unmöglich ist. Denn die Sachen, deren Leistung nach Recht und Gesetz nicht möglich ist, haben ja doch eine körperliche Existenz[5]).

2. Ist ein Objekt in diesem Sinne ganz oder zum Teil nicht existent, dann kommt es als solches nur dann in Betracht, wenn diejenigen seiner Bestandteile nicht vorhanden sind, welche

a) nach dem ausdrücklichen oder stillschweigenden Willen der Parteien

oder, wo ein solcher nicht erkennbar ist,

b) nach den Anschauungen des Verkehrs und der „Regel des Lebens“[6])

---

[1]) Brinz, Pand. II § 245 S. 126.

[2]) Brinz, Kritische Überschau V S. 300.

[3]) Der Kauf einer *alea* oder *spes* bildet keine Ausnahme, da dieselbe als etwas Vorhandenes gilt. Bernhöft in Iherings Jahrb. Bd. 14 S. 134 und Mommsen, I S. 151.

[4]) Brinz, a. a. O.; Bernhöft, a. a. O.: „Der Satz, dass ein Kauf ohne Gegenstand nichtig ist, bedeutet . . . . . , dass der Gegenstand in Wirklichkeit vorhanden sein soll“. Arg. l. 15 pr. D. de c. e. 18,1.

[5]) Andrerseits kann z. B. eine nicht existierende Forderung oder ein nicht existierendes Recht durch den Willen des Schuldners bezw. des Belasteten jederzeit entstehen, während eine nicht existierende Sache nichts ist und als solche auch nicht beschafft werden kann. Vgl. Rehbein, Das Bürgerl. Gesetzbuch Bd. II S. 156 unter 8a.

[6]) Zitelmann, Irrtum und Rechtsgeschäft S. 582 Anm. 575.

zum eigentlichen Objekt des Vertrages gemacht sind, [d. h. zu dem „das Wesen des Vertrages **bestimmenden**“ Gegenstand[7])].

(Vgl. die im Folgenden erläuterten l. 57, 58 D. de contr. empt. 18,1.)

III. Was im Einzelfalle gemeint ist, wird nicht leicht zweifelhaft bleiben können, weil darüber meistens die etwaigen Vorverhandlungen, die besondere Art des geschuldeten Objekts oder specielle Eigenschaften desselben[8]), die Parteiabrede und dergl. mehr Aufschluss geben werden[9]).

IV. Zum Schluss sei bemerkt, dass es dabei ganz gleichgiltig ist, ob diese Teile nicht existieren können, nie existiert haben oder zu existieren bereits aufgehört haben[10]). (Vgl. Sächs. B.G.B. § 793.)

§ 9. Die Rechtswirkungen der (teilweisen) Nichtexistenz.

Für die Frage, welchen Einfluss eine schon zur Zeit der Begründung des Schuldverhältnisses vorhandene teilweise Nichtexistenz des Schuldobjekts auf die rechtliche Behandlung des ganzen Rechtsgeschäfts hat, sind von grundlegender Bedeutung nur die Schuldverhältnisse aus **Verträgen**.

Unter diesen steht als wichtigster für den gesammten Rechtsverkehr der Kauf im Vordergrunde, und da auch die Quellenaussprüche ausschliesslich[1]) auf ihn allein Bezug nehmen, so wollen wir ebenfalls diesen Vertrag zum

---

[7]) Wächter, Pand. II § 186 S. 373.

[8]) Zitelmann, a. a. O.

[9]) Vgl. oben § 4 a. E.

[10]) Mommsen, I S. 11;
v. Kübel, a. a. O.;
Ude, im Archiv f. d. civil. Praxis Bd. 8 S. 247;
Richelmann, Einfluss des Irrtums S. 74.
Vgl. auch die bereits citierte l. 15 pr. D. de contr. empt. (18,1): *„et si consensum fuerit in corpus, id tamen in rerum natura ante venditionem esse desierit, nulla emptio est“.*
Dasselbe gilt, wenn der verkaufte Gegenstand keine verkehrsfähige Sache ist. „Denn eine nicht verkehrsfähige Sache ist überhaupt keine *res*.“ Bernhöft, a. a. O. S. 135.

[1]) Mommsen, I S. 162, 178.
Mommsen hebt auf S. 178 noch ganz besonders hervor, dass die römischen Juristen unter den Obligationen namentlich den Kaufvertrag dazu benutzt haben, „um daran die allgemeineren Grundsätze des Obligationenrechts darzustellen“.

Mittelpunkt unserer Darstellung machen und an ihm die bei teilweiser Nichtexistenz des Vertragsgegenstandes für Rechtsgeschäfte **überhaupt** geltenden Regeln zu entwickeln suchen.

A. Der Kauf.

In den Digesten findet sich darüber eine grössere Stelle, von deren Entscheidungen wir auszugehen haben.

Es ist die bekannte l. 57 D. de contr. empt. (18,1):

„Paulus libro quinto ad Plautium: Domum emi, cum eam et ego et venditor combustam ignoraremus. Nerva Sabinus Cassius nihil venisse, quamvis area maneat, pecuniamque solutam condici posse aiunt. sed si pars domus maneret, Neratius ait hac quaestione multum interesse, quanta pars domus incendio consumpta permaneat, ut, si quidem amplior domus pars exusta est, non compellatur emptor perficere emptionem, sed etiam quod forte solutum ab eo est repetet: sin vero vel dimidia pars vel minor quam dimidia exusta fuerit, tunc coartandus est emptor venditionem adimplere aestimatione viri boni arbitratu habita, ut, quod ex pretio propter incendium decrescere fuerit inventum, ab huius praestatione liberetur.

§ 1. Sin autem venditor quidem sciebat domum esse exustam, emptor autem ignorabat, nullam venditionem stare, si tota domus ante venditionem exusta sit: si vero quantacumque pars aedificii remaneat, et stare venditionem et venditorem emptori quod interest restituere.

§ 2. Simili quoque modo ex diverso tractari oportet, ubi emptor quidem sciebat, venditor autem ignorabat: et hic enim oportet et venditionem stare et omne pretium ab emptore venditori, si non depensum est, solvi vel, si solutum sit, non repeti.

§ 3. Quod si uterque sciebat et emptor et venditor domum esse exustam totam vel ex parte, nihil actum fuisse dolo inter utramque partem compensando et iudicio, quod ex bona fide descendit, dolo ex utraque parte veniente stare non concedente.“

Paulus will hier an einem häufig vorkommenden praktischen Fall, der durch einen Brand verursachten (gänzlichen oder teilweisen) Vernichtung eines Hauses, die Rechtswirkungen der Nichtexistenz des zu leistenden Objekts im

Allgemeinen zeigen. Indessen ist gerade dieses Beispiel an sich nicht ganz glücklich gewählt.

Denn nach der eigentümlich scharfen Auffassungsweise der Römer[2]) bildet der Grund und Boden, die *area*, auf der das Haus steht, einen integrierenden, und zwar den bedeutenderen Teil des Hauses. Arg. l. 98 § 8 i. f. de sol. (46,3): „ . . . . . *pars enim insulae area est et quidem maxima, cui etiam superficies cedit.*“

Deshalb konnte es denn auch nicht ausbleiben, dass bei der Erläuterung dieser Pandektenstelle die *area* manchen Schriftstellern Schwierigkeiten bereitet und zu Missverständnissen Veranlassung gegeben hat, welche aber vermieden werden können, sofern man sich den besonderen Sachverhalt dieser Digestenstelle völlig klar macht.

Zu l. 57 pr. Der erste, gleich scharf hervortretende Unterschied ist der, ob das Haus durch den Brand gänzlich zerstört ist oder nur zum Teil.

I. Das Haus ist **ganz** niedergebrannt.

Dieser Fall interessiert hier nicht weiter, da alsdann eine völlige Unmöglichkeit der Leistung vorliegt und nicht, wie Mommsen[3]) meint, eine nur teilweise, die aber „dessenungeachtet“ dieselben Wirkungen äussere, wie eine völlige Unmöglichkeit.

Denn im Principium unserer Stelle heisst es ja doch ausdrücklich: „***domum** emi.*“

Kaufobjekt ist also ein Haus. Wer aber ein Haus kauft, der will, wenn nichts anderes hinzugefügt ist, eben das Haus haben, und bei Unmöglichkeit der Leistung dieses letzteren ist ihm mit dem Bauplatz durchaus nicht gedient. Denn *domus* und *area* sind nun einmal zwei verschiedene Dinge, auf welche zusammen der Wille der Parteien bei Abschluss des Vertrages in gleicher Weise gerichtet sein **kann**[4]), in unserem Falle aber **nicht** gerichtet gewesen ist, wie deutlich aus dem Nebensatz „*quamvis area maneat*“ hervorgeht.

---

[2]) Glück, Ausf. Erl. d. Pand. XVI S. 24.
[3]) Mommsen, I S. 165.
[4]) Vgl. oben die Ähnlichkeit im Text von § 6 IV A unter c) am Ende.

Sagt doch auch Mommsen[5]) selbst an einer anderen Stelle (bei der Betrachtung der Haupt- und Nebenteile einer Sache): „Bei Beantwortung der letzteren Frage ist auf die Nebenteile ebensowenig Rücksicht zu nehmen, wie in dem Fall der l. 57 D. (18,1) auf die ***area***".

Ist also das Haus zur Zeit des Vertragsabschlusses ganz niedergebrannt, so liegt eine **völlige** Nichtexistenz des Kaufobjektes und aus diesem Grunde **Nichtigkeit** des Vertrages vor. Arg. l. 8 pr. D. de contr. empt. (18,1): *„nec emptio nec venditio sine re quae veneat potest intellegi"*[6]).

II. Das Haus ist nur **zum Teil** verbrannt.

Hier muss man des Näheren folgende vier Fälle auseinanderhalten:

Fall 1.

Beide, Käufer wie Verkäufer, hatten **keine** Kenntnis von der Sachlage.

Dann soll es darauf ankommen, ob der grössere Teil der Sache noch vorhanden ist oder nicht, und zwar soll der Umstand entscheidend sein, ob mehr als die Hälfte oder weniger verbrannt ist.

a) **Ist nur die Hälfte oder weniger als die Hälfte** eingeäschert, dann muss der Käufer den Vertrag erfüllen. Doch braucht er nicht den vollen Kaufpreis für das Haus bezahlen, sondern darf dem Verkäufer einen entsprechenden Abzug vom vereinbarten Preise machen.

Diese Entscheidung[7]) ist vom Standpunkte der Römer aus, welche bei den Bonae-fidei-Kontrakten in ganz besonders ausgesprochenem Masse die natürliche Billigkeit

[5]) Mommsen, I S. 173.

[6]) Viele Kommentatoren der l. 57 nehmen bei der Interpretation derselben einen anderen Ausgang. Sie wollen an diesem Beispiele die Grundsätze des *error in substantia* nachweisen und bringen alles unter diesen Gesichtspunkt. Doch ist das zum mindesten sehr gewagt, da es äusserst bestritten ist, ob man die Nichtexistenz eines Teiles eine Eigenschaft des Restes nennen kann. Vgl. Leonhard, Der Irrtum bei nichtigen Verträgen II S. 462 Anm. 1 und die dort Angeführten.

[7]) Mit Unrecht tadelt Hanausek (Die Haftung des Verkäufers II S. 385 Anm. 32) diese Entscheidung als ganz unbegründet. Er meint, dass dem Käufer die *actio redhibitoria*, welche ihm doch bei sonstigen nicht unerheblichen Beschädigungen des Hauses zustehen würde, auch in diesem Falle

(aequitas) walten liessen, ganz gerechtfertigt. Den Unfall nämlich, der das Haus betroffen, müssen hier beide Parteien zu gleichen Teilen tragen: der Käufer, da er nicht das **ganze** gewünschte Kaufobjekt erhält, der Verkäufer, indem ihm nicht der **volle** Kaufpreis gezahlt wird, auf den er nach dem natürlichen Gang der Dinge sehr wohl rechnen durfte.

b) Ist **mehr als die Hälfte** des Hauses vernichtet, so kann man den Käufer nicht mehr zwingen, beim Vertrage stehen zu bleiben. Im Gegenteil, er erhält das Recht, vom Vertrage zurückzutreten, hauptsächlich wohl aus dem Grunde, weil die Erfüllung jetzt für ihn kein Interesse mehr haben wird. Vgl. l. 24 § 4 D. loc. (19,2).

Der Kauf ist in diesem Falle also nicht nichtig, sondern nur anfechtbar, und zwar besteht diese Anfechtbarkeit zu Gunsten des Käufers, welcher auch den etwa schon gezahlten Kaufpreis mit der *condictio* zurückfordern kann[8]). Ob ihm ausserdem noch ein Schadensersatzanspruch zusteht, falls er durch den Abschluss des Vertrages irgend welche Nachteile gehabt hat, darüber schweigt unsere Stelle[9]).

Natürlich kann der Käufer aber auch den Vertrag, wenn er will, zu Recht bestehen lassen und alsdann wieder eine entsprechende Reduktion des Kaufpreises gemäss l. 57 pr. in fine verlangen.

Dass hierbei nur der Käufer berücksichtigt wird[10]), liegt wiederum in der Natur der bona fides[11]), nach welcher alle Konsensualverträge auszulegen sind[12]). Auch ist ja doch der Käufer derjenige, in dessen Vermögen die beschädigte Sache übergehen soll.

---

nicht zu versagen sei, übersieht aber dabei, dass die *redhibitoria* eine ädilicische Klage ist, d. h. nur wegen ausdrücklicher Zusage und heimlicher Mängel gegeben wird. (Dernburg, Pand. II S. 278.)

Von einer besonderen Zusage des Verkäufers ist aber an dieser Stelle nichts gesagt, und dass ein verbrannter Dachstuhl (die Beschädigung, welche Hanausek a. a. O. als Beispiel anführt) kein „heimlicher" Mangel ist, dürfte wohl Hanausek selbst zugeben.

[8]) Puntschart, Die fundament. Rechtsverhältnisse S. 173.

[9]) Mommsen, I S. 166, meint, ihm könne nach den allgemeinen Regeln des römischen Rechts eine solche Entschädigung nicht zugebilligt werden.

[10]) Anders Mommsen, I S. 180.

α. Was nun endlich in beiden Fällen die Minderung des Kaufpreises anlangt, so ist dabei selbstverständlich nicht das plumpe Zahlenverhältnis allein das Ausschlaggebende. Die Reduktion soll ja „*boni viri arbitratu*“ vorgenommen werden[13]), d. h. unter sachverständiger und billiger Abwägung aller dabei in Betracht kommenden Verhältnisse. Deshalb ist nicht blos der Wert des untergegangenen Teils für sich allein, sondern in seinem Verhältnis zum Werte des Ganzen abzuschätzen[14]); denn jener mag an sich verhältnismässig nur sehr wenig wert gewesen sein, sofort aber eine viel grössere Bedeutung gewinnen[15]), sobald man sich das Haus ohne ihn vorstellt, (d. h. den Umstand mit ins Auge fasst, dass er jetzt dem Ganzen fehlt.)

β. Auch besteht eine fernere grosse Schwierigkeit darin, die „Hälfte“ zu bestimmen. Das blos räumliche Verhältnis kann hier ebenso wenig entscheidend sein, wie in dem Berechnen der Preisreduktion das nackte Zahlenverhältnis. Und deshalb wollen wir, um hier nicht zu weit zu gehen, nur bemerken, dass das Richtige wohl Bechmann[16]) getroffen hat, wenn er meint, Hälfte oder weniger als Hälfte sei daran zu erkennen, ob zur Beseitigung der Wirkungen des Brandes „Ausbau“ oder „Neubau“ erforderlich ist. Doch sei dies im Einzelfalle natürlich keine juristische, sondern eine rein technische Frage.

---

[11]) Richelmann, Der Einfluss des Irrtums S. 79.

[12]) Ebenfalls in der Natur der bona fides ist es ferner begründet, dass er das ganze Geschäft rückgängig machen kann.

Richelmann, a. a. O. S. 81 Anm. 133; Mommsen, I. S. 167.

Wohl erleidet auch der Verkäufer durch den Brand einen erheblichen Verlust; er indessen muss solche zufälligen Schäden nach der bekannten Regel „*casum sentit dominus*“ ja ohnehin tragen.

[13]) Mommsen, I S. 166.

[14]) Mommsen, I S. 166 Anm. 14.

[15]) Mommsen, a. a. O.

[16]) Bechmann, Der Kauf II. S. 465.

Fall 2.

l. 57 § 1. *sin autem venditor quidem sciebat domum esse exustam, emptor autem ignorabat, nullam venditionem stare, si tota domus ante venditionem exusta sit: si vero quantacumque pars aedificii remaneat, et stare venditionem et venditorem emptori quod interest restituere.*

Der **Verkäufer** allein wusste, dass das Haus von einem Brand betroffen sei. Dann ist, wenn

a) das Haus (— was für unsere Frage nicht weiter interessiert —) gänzlich vernichtet ist, kein Kauf zustande gekommen, weil es hier wiederum an der Existenz des Kaufobjekts fehlt und somit abermals eine völlige Unmöglichkeit der Leistung vorliegt.

b) das Haus nur zum Teil verbrannt ist und der Verkäufer diesen Umstand dem Käufer verschwieg, sobald auch nur noch der geringste Teil des Hauses (*quantacumque pars*) vom Brande verschont geblieben ist, der Vertrag voll und ganz aufrecht zu erhalten.

aa) Alsdann kann der Käufer den Rest der Sache fordern und zugleich das Interesse beanspruchen[17]), da ja das Geschäft giltig bleibt[18]).

bb) Dem Belieben des Käufers bleibt es aber andrerseits auch überlassen, wegen des Dolus des Verkäufers das ganze Geschäft anzufechten[19]), da dasselbe ja nur zur Strafe für seinen Dolus und zu Gunsten des Käufers aufrecht erhalten werden soll.

Mit Unrecht behauptet daher Bechmann[20]), dass es sich hier nicht um Anfechtbarkeit in dem Sinne handle, dass dem **Käufer** „die Entscheidung" in die Hand gegeben sei, und dass der Verkäufer „durch Anerbieten der Entschädigung" den Käufer **zwingen** könne, beim Vertrage stehen zu bleiben. Wenn er sich dabei auf Windscheid (§ 76 Anm. 9) beruft, so

[17]) Mommsen, I S. 167.

[18]) So äussert hier die *actio empti* also eine zwiefache Wirkung, einmal als Kontraktsklage auf Erfüllung und zweitens als Anspruch auf Schadensersatz (Ude im Archiv f. d. civil. Praxis Bd. 48 S. 262). Vgl. auch oben § 5 Anm. 22.

[19]) Mommsen, I S. 167.

[20]) Bechmann, Der Kauf II. S. 465 Anm. 4.

ist das um so befremdlicher, als dort nur in kürzerer Fassung ebendasselbe steht, was wir eben ausgeführt haben[21]).

Übrigens giebt auch Bechmann[22]) a. a. O. selbst zu, dass die Entscheidung in § 1 offenbar „zunächst“ im Interesse des Käufers getroffen sei.

Demnach kommt also alles lediglich auf den **Willen** des Käufers an, was auch am meisten dem oben erwähnten römisch-rechtlichen Prinzip der Billigkeit entspricht. Denn es ist doch sehr fraglich, ob er überhaupt den ganzen Handel eingegangen wäre, wenn er vorher die teilweise Nichtexistenz des Kaufobjekts gekannt hätte. — — — — — —

Mit den oben angeführten Grundsätzen, namentlich dem der Herabsetzung der Gegenleistung bei teilweiser Nichtexistenz des Schuldobjekts, scheint die l. 44 D. de contr. empt. (18,1) in Widerspruch zu stehen. Danach sind zwei Sklaven für eine Pauschalsumme, *„pariter uno pretio“*, gekauft, d. h. über beide Sklaven ist ein einziges Kaufgeschäft (*„una emptio“* l. 34 § 1 D. de Aed. Ed. 21,1) abgeschlossen. *Ante venditionem* ist aber der eine gestorben und damit der ganze Kauf hinfällig geworden. (Vgl. Richelmann, Einfluss des Irrtums S. 88 und Westphal, Lehre vom Kauf § 58 S. 49). Hier bleibt der Vertrag nicht in Kraft und es tritt eine Preisminderung nach l. 57 pr. und § 1 aus dem einfachen Grunde nicht ein, weil hier ein Massstab fehlen würde, nach welchem gemindert werden könnte. Denn es ist ungewiss, ob der eine ebenso viel kosten sollte wie der andere und welchen man als den wertvolleren zu betrachten hätte. (Westphal a. a. O.)

Genau ebenso und mit derselben Wirkung der l. 44 würde die Sache natürlich auch in jedem anderen Falle liegen, wo

---

[21]) Windscheid nämlich sagt (§ 76a. Anm. 8) weiter nichts, als dass (in unserem Falle § 1 in fine) bei Dolus des Gegners der Irrende, wenn auch nur der geringste Teil des Hauses übrig ist, „das Geschäft aufrecht erhalten könne“, d. i. doch nichts anderes als aufrecht erhalten könne, wenn er **wolle**, dass der Käufer sonst aber das Geschäft eben auch anfechten könne.

[22]) Ziemlich unverständlich klingt das, was Bechmann, a. a. O. von der „Hälfte“ sagt: „Steht weniger als die Hälfte, so hat «zunächst» der Käufer die Wahl“. Es ist schlechterdings nicht möglich, in unserem ganzen Paragraphen 1 etwas von einer „Hälfte“ oder „weniger als die Hälfte“ zu entdecken, sodass entschieden eine Verwechselung mit dem Prinzipium unserer l. 57 vorliegen muss. [Vgl. aber den Text S. 465 unter 1.]

mehrere zusammengehörige Gegenstände, wie z. B. ein Viergespann, als ein Ganzes verkauft werden (v. Vangerow, Pand. III § 604 S. 263 und Kisch, a. a. O. S. 163, 164).

Wird freilich nur ein Gegenstand verkauft, dann ist den Parteien mit dem Kaufpreise gleichzeitig ein Wertmesser mit an die Hand gegeben, der es ermöglicht, im Falle etwaiger Verschlechterung oder teilweisen Untergangs den Preis entsprechend zu reduzieren. Sind hingegen mehrere gleichartige Sachen aversaliter verkauft, dann ist der Wert jeder einzelnen von ihnen ganz unbestimmt gelassen und zu einer unberechenbaren Quote in dem Gesamtkaufpreise enthalten.

Daher ist es nach dem Untergang der einen unthunlich, den Wert der übriggebliebenen (— hier des zweiten Sklaven —) berechnen zu wollen, weil der Wert des einen Objekts durch den des anderen fast immer bedingt wird, so dass jede Basis für eine Taxe der einen Sache allein fehlt. (Ähnlich Richelmann, a. a. O. und Kisch, l. c. S. 164.)

Endlich würde auch, was die Giltigkeit bezw. Anfechtbarkeit des Vertrages betrifft, ebenfalls jeder Anhalt zur Entscheidung nach der Regel der l. 57 pr. fehlen, da man ja gar nicht weiss, ob *pars major*, *dimidia* oder *minor quam dimidia* übrig geblieben ist. (Westphal, a. a. O.) — — —

So ist denn der scheinbare Widerspruch leicht erklärt: Der Kauf wird im Falle der l. 44 deshalb hinfällig, weil es an dem wesentlichen Requisit der Bestimmbarkeit des Preises für das noch übrig gebliebene Objekt fehlt[23]).

Bevor wir in der Interpretation der l. 57 fortfahren, müssen wir noch kurz die Frage berühren, was das *id quod interest* in § 1 bedeutet, m. a. W. welches Interesse der Käufer verlangen kann[24]).

---

[23]) Aber nicht, wie Richelmann meint, weil hier kein „*pretium certum*“ vorhanden ist; denn nach **Gemeinem** Recht ist es nicht erforderlich, dass das *pretium* ein *certum*, sondern nur, dass es **bestimmbar** sei. (Dernburg, Pand. II § 94 S. 258.) Allerdings mangelt es hier auch an diesem Erfordernis.

[24]) In unserer Stelle ist blos für den Fall, dass das Haus zum Teil nicht mehr existiert, bestimmt, dass das Interesse gefordert werden darf. Ob dasselbe auch zu leisten ist, wenn der Gegenstand ganz untergegangen ist,

1. Vor allem ist hier **nicht** gemeint „das Interesse, nicht betrogen zu sein, das *quanti emptoris interfuit non deceptum esse*“ (l. 13 § 1 D. de act. empti 19,1)[25]). Denn dieses, das sog. negative Vertragsinteresse[26]), muss der Verkäufer in jedem Falle leisten, auch wenn das Haus gänzlich niedergebrannt ist, und daher wäre dann die Gegenüberstellung von Nichtigkeit des Vertrages bei totaler und Interesseanspruch bei nur teilweiser Zerstörung des Hauses nicht recht verständlich[27]).

2. Hartmann (Die Obligation, S. 184) will nun, wohl im Anschluss an Dernburg[28]), dem Käufer das volle positive Erfüllungsinteresse gewähren, giebt aber zu, dass sich dies durchaus nicht mehr unmittelbar aus dem Willen der Parteien herleiten lasse.

Allerdings könnte man ja nach den allgemeinen Regeln eigentlich erwarten, dass der Käufer, da doch der Vertrag an sich giltig bleibt, das positive Vertragsinteresse zu beanspruchen hätte. Dennoch ist gerade in diesem Fall[29]) an ein solches Interesse nicht zu denken, da man hier überhaupt nicht gut von einem **Erfüllungsinteresse** reden kann.

Denn zur Leistung des nicht mehr existierenden Teils des Hauses ist der Verkäufer nicht verpflichtet, weil eine „ursprüngliche“ objektive Unmöglichkeit vorliegt und *impossibilium obligatio nulla est*[30]).

---

darüber herrscht Streit. (Vgl. Hoffmann in seinen und Fuhrs civilistischen Versuchen S. 123, 124.) Indessen liegt diese Frage schon ausserhalb des Rahmens unserer Aufgabe.

[25]) v. Ziegler, Über Betrug S. 63;
Hanausek, Die Haftung des Verkäufers I S. 54.

[26]) Dass die Worte „*quod interfuit non deceptum esse*“ nur diese Bedeutung haben, darüber vgl. die zutreffenden Ausführungen von Krug, l. c. S. 25, 26. Vgl. aber Bernhöft in Iherings Jahrb. Bd. 14 S. 141 ff., welcher unter Hinweis auf l. 13 § 1, § 2 D. (19,1) der Ansicht ist, dass die Worte „*quanti interfuit non decipi*“ an sich nicht notwendig auf ein „negatives Vertragsinteresse“ zu deuten brauchen.

[27]) Wohl aber gewinnt diese Unterscheidung sofort ihre Bedeutung, wenn man das Interesse in Betracht zieht, welches der Käufer daran hat, dass das Haus gänzlich unversehrt geblieben wäre.

[28]) Dernburg, Pand. II S. 47.

[29]) „vom Standpunkt des nicht erfüllten Vertrages aus“ (Ziegler, Über Betrug S. 63).

[30]) Vgl. die Ausführungen oben § 5 III 2 unter b Text zu Anm. 21.

3. Daher sind Mommsen und v. Ziegler mit Recht anderer Meinung.

Zwar spricht auch Mommsen[31]) von einem Erfüllungsinteresse, für welches der dolose Verkäufer hafte, nicht trotz teilweiser Nichtigkeit des Vertrages, sondern weil der ganze Vertrag zur Strafe für seinen Dolus als giltig zu behandeln sei. Doch meint er das Richtige und gebraucht dafür nur den unrichtigen Ausdruck, was aus seinen „Erörterungen“[32]) hervorgeht, wo er „Erfüllungsinteresse“ das Interesse nennt, welches der Käufer daran hat, „dass die Sache sich so verhalten hätte, wie der Verkäufer ihn betrüglicherweise hat glauben lassen“.

Ganz überzeugend weist aber v. Ziegler[33]) nach, dass der Jurist **nur** ein derartiges Interesse im Auge gehabt hat (nämlich: Der Käufer soll verlangen dürfen „**was er haben würde, wenn das Haus beim Vertragsabschlusse unversehrt gewesen wäre**“). Mit Recht meint er, es sei hier schon aus dem Grunde nur dieses Interesse zu restituieren, weil im Falle der gänzlichen Zerstörung des Gebäudes ein so beschaffenes Interesse gar nicht in Frage kommen könnte, da ja alsdann der Vertrag nichtig wäre. Und bei „nichtigen Verträgen kann man eben nicht verlangen, was man haben würde, wenn der Vertrag nicht nichtig wäre“[34]); denn das würde dem Wesen der Nichtigkeit widersprechen[35]).

---

[31]) Mommsen, Beiträge I S. 167.

[32]) Mommsen, Erörterungen II S. 166.

[33]) v. Ziegler, a. a. O. S. 63.

[34]) v. Ziegler, a. a. O. S. 63.

[35]) An die erste Frage, von welcher Art das zu prästierende Interesse sei, knüpft sich die weitere Frage: **Warum** haftet der Verkäufer für dieses Interesse? Man könnte leicht auf den Gedanken kommen, er habe die Unversehrtheit des Hauses ausdrücklich zugesagt; denn er wird für die teilweise Nichtexistenz ebenso haftbar gemacht, als ob er die Integrität des verkauften Objektes ausdrücklich zugesichert hätte. Hiervon ist aber im Text unserer Stelle nichts erwähnt.

Jene Haftung lässt sich vielmehr nur aus dem allgemeinen Gedanken heraus erklären, dass einem Betrüger, welcher doloser Weise über die Mangelhaftigkeit des Vertragsobjekts schweigt, **dieselbe Haftung auferlegt wird,** als ob er die Integrität desselben ausdrücklich zugesichert hätte.

Arg. l. 30 § 1 D. de act. empti (19,1).
l. 13 § 3 D. eodem.
l. 74 § 3 D. de evict. (21,2).
Vgl. v. Ziegler, a. a. O. S. 62, 64; Windscheid, Pand. § 393 Anm. 7.

Fall 3.

Der **Käufer** allein war bei Eingehung des Vertrages mit den faktischen Verhältnissen vertraut. Hierüber bestimmt die l. 57 Folgendes: l. 57 § 2: *„Simili quoque modo ex diverso tractari oportet, ubi emptor quidem sciebat, venditor autem ignorabat: et hic enim oportet et venditionem stare et omne pretium ab emptore venditori, si non depensum est, solvi vel si solutum sit, non repeti.“*

Es wird also gesagt, dass auch hier der Kauf giltig bleibt und der Verkäufer den **ganzen** Kaufpreis in Anspruch nehmen und, wenn er schon bezahlt ist, behalten kann.

1. Um die Auslegung dieses Paragraphen ist von jeher viel gestritten[36]) worden, und man hat alle möglichen Versuche gemacht, um seine Entscheidung zu entkräften[37]). Dass dem Verkäufer eine Klage auf den ganzen Kaufpreis zustehen soll, das ist es, was zu so vielen Bedenken Veranlassung gegeben hat.

Man nahm nämlich irrigerweise an, dass er diese Klage auch dann geltend machen könne, wenn **nichts** mehr vom Hause stehen geblieben sei, indem man den § 2 auf den **ganzen** § 1 zurückbeziehen zu müssen glaubte.

Andere, welche unseren Paragraphen nur auf den letzten Teil des vorhergehenden § 1 von den Worten *„si vero“* an bezogen wissen wollen, gelangen zwar zu dem richtigen Resultat, aber auf einem unnötigen Umwege.

2. Das Einfachste ist es, bei der Erklärung des § 2 **nicht** davon auszugehen, ob er sich auf den ganzen § 1 unserer Lex oder nur auf den letzten Teil dieses Paragraphen zurückbeziehe. Dafür sprechen gewichtige innere Gründe.

Wie wir nämlich bereits zu Beginn dieses ganzen Abschnitts gesehen haben, ist Existenz des zu kaufenden Gegenstandes das wesentlichste Erfordernis für die Giltigkeit eines Kaufgeschäfts. **Ohne Kaufobjekt kein Kauf.** Dieser mehr-

---

[36]) Mommsen, I S. 168 Anm. 18.

[37]) Wir müssen die Streitfrage hier um deswillen eingehender erörtern, weil man schon ziemlich früh, auf die angeblich ganz unjuristische Entscheidung dieses Paragraphen gestützt, eine Interpolation der ganzen l. 57 angenommen hat. Vgl. unten S. 63 ff.

fach in den Quellen[38]) ausgesprochene Satz enthält die Lösung des Rätsels. Denn nachdem der Jurist an diesen Gedanken in § 1 mit den Worten *„nullam venditionem stare, si tota domus ante venditionem exusta sit“* ausdrücklich erinnert hat, kann man es begreiflich finden, wenn er im umgekehrten, sonst aber ganz analogen Falle, wo der Käufer dolose handelt, sich nicht unnütz wiederholen wollte. Auch ist doch wohl kaum ein Grund ersichtlich, bei nicht vorhandenem Kaufobjekt den Dolus des Käufers anders zu behandeln als den Dolus des Verkäufers.

Hätte andrerseits Paulus für den Fall der völligen Vernichtung des Hauses hier eine andere Entscheidung wie im § 1 treffen wollen, dann hätte er dies sicherlich *verbis expressis* gethan[39]), erstens, schon um des Gegensatzes zum Fall des § 1 willen, und sodann, weil er im vorhergehenden und im nachfolgenden Paragraphen den Fall der gänzlichen Einäscherung des Hauses nicht unerwähnt lässt[40]).

So ist denn die Entscheidung dieses Paragraphen insoweit wohl verständlich und der ganze Streit darüber mehr oder weniger müssig. Wie dem aber auch sei, unbestritten ist es, dass man den § 2 stets anzuwenden habe, sowie das Kaufobjekt nicht ganz untergegangen ist, sondern **zum Teil** noch existiert.

Und nur dieser Fall allein kommt ja für unser Problem in Frage.

3. Den vollen Kaufpreis also kann alsdann der Verkäufer verlangen[41]), mag die Feuersbrunst auch noch so wenig vom Hause übrig gelassen haben. Doch muss er den

[38]) Arg. l. 15 pr. D. de contr. empt. (18,1): *„Et si consensum fuerit in corpus, id tamen in rerum natura ante venditionem esse desierit, nulla emptio est.“* l. 1 D. de hered.: *„ . . . . . nihil esse acti, quia in rerum natura non sit quod venierit“.*

[39]) Vgl. Hoffmann in seinen und Fuhrs civil. Versuchen I S. 125.

[40]) Hoffmann, a. a. O.

[41]) Dass es unrichtig ist, mit Westphal (Lehre vom Kauf § 56), Thibaut (Versuche II S. 123) u. a. den ähnlichen Fall der l. 34 § 3 D. h. t. (18,1) hier analog anzuwenden und dem Käufer gegen die Klage des Verkäufers eine *exceptio non adimpleti contractus* zu geben, ist schon von Glück, Pand. XVI, S. 23, 24, v. Vangerow, Pand. III § 604 S. 264 und Richelmann a. a. O. S. 84 ff. überzeugend nachgewiesen.

vom Brande verschont gebliebenen Überrest, überhaupt alles, was vom Gebäude noch steht, dem Käufer herausgeben[42]).

Der Käufer wird also ebenfalls für seinen Dolus bestraft. Denn für das Geld, mit welchem er sich ein vollkommen intaktes Haus hätte kaufen können, erhält er jetzt nur soviel vom Gebäude, wie die Feuersbrunst zufällig noch übrig gelassen hat. Mit Recht meint Mommsen[43]), diese Strafe trete ein kraft der „ungünstigen Auslegung des Vertrages", die der Käufer durch seinen Dolus verschuldet habe[44]). Doch geht er fehl, wenn er hinzufügt, es sei auch „möglich", dass den Käufer dabei eine ganz andere Absicht geleitet habe. Sicherlich, bemerkt Hartmann[45]) dazu ganz richtig, hat ihn doch in jedem Fall eine vollkommen andere Absicht geleitet, als die, für ein Überbleibsel des Hauses den dem Wert des ganzen Hauses angemessenen Kaufpreis zu zahlen. Indessen ist auch die Erklärung Hartmanns, dass hier einfach „das ethische Element im Recht" gegen den Dolus des Käufers „mit Energie" reagiere, wenig befriedigend.

Man wird vielmehr sagen müssen, dass, wenn der Käufer die teilweise Nichtexistenz des gekauften Gegenstandes kannte und dennoch auf das Ganze kontrahiert hat, gar kein Grund (wie z. B. wesentlicher Irrtum oder dergl.) vorliegt[46]), ihn nicht an den Vertrag zu binden[47]), sondern zu seinen Ungunsten eben anzunehmen ist, sein Wille sei darauf gerichtet gewesen, für den ganzen Kaufpreis nur den noch existenten Teil des Kaufobjektes zu erstehen[48]).

---

[42]) Wenn Mommsen in Übereinstimmung mit Glück behauptet, der Verkäufer habe ihm auch die ganze *area* mit herauszugeben, so beruht das wiederum auf derselben Verkennung des Vertragswillens, wie beim Prinzipium unserer Stelle. (Ebenso Brandis in der Zeitschrift für Civilrecht und Prozess. Bd. VII S. 138 Anm. 4.)

[43]) Mommsen, I S. 168.

[44]) Anders Hartmann, a. a. O. S. 184.

[45]) Hartmann, Die Obligation a. a. O.

[46]) Deswegen trifft die Bemerkung von Richelmann (a. a. O. S. 85): *Quod quis ex culpa sua damnum sentit, non intellegitur damnum sentire* (l. 203 D. de reg. iur. (50,17)) hier vollkommen zu.

[47]) Ebenso Westphal, Lehre vom Kauf S. 46, 48.

[48]) Hier müssen wir kurz die Frage berühren, wen in diesem Falle und ebenso im Falle des § 1 die Beweislast in Betreff des Dolus trifft (ob nämlich der nichtwissende Teil sein Nichtwissen oder die Gegenpartei ihm den Dolus zu beweisen hat.) Da für die Fortexistenz eines Gegenstandes im All-

Fall 4.

Wir kommen nun zum letzten der noch möglichen Fälle, nämlich dass beide Kontrahenten, Käufer wie Verkäufer, den partiellen Untergang des Vertragsobjektes kannten und trotzdem doloser Weise einen Kaufvertrag über das ganze Haus miteinander abschlossen.

l. 57 § 3: *„Quod si uterque sciebat et emptor et venditor domum esse exustam totam vel ex parte, nihil actum fuisse dolo inter utramque partem compensando et iudicio, quod ex bona fide descendit, dolo ex utraque parte veniente stare non concedente.“*

1. Bei beiderseitigem Dolus wird also der Vertrag **als nicht geschlossen** angesehen. Keiner erhält gegen den anderen einen Anspruch. Und zwar wird als Grund angeführt *„dolo inter utramque partem compensando“*, d. i. Kompensation des gegenseitigen Dolus[49]).

2. Mit Rechtsnotwendigkeit aber **muss** hier die Folge *„nihil actum fuisse“* eintreten, schon deshalb, weil jeder, wenn er belangt wird, gegen den andern die *exceptio doli* vorschützen kann und auf diese Weise der Anspruch durch die beiderseitigen Einreden entkräftet wird. Den Grund der Unwirksamkeit des Vertrages bildet mithin nicht der auf jeder Seite für sich bestehende Dolus, sondern nur das **Zusammentreffen**[50]) der beiderseitigen Absicht einander zu betrügen[51]).

---

gemeinen eine Präsumtion spricht und demnach angenommen werden muss, die Parteien hätten bei Abschluss des Vertrages das Kaufobjekt für unversehrt gehalten, so hat die durch den Dolus geschädigte Partei den Beweis des Dolus der Gegenpartei zu erbringen.

Hoffmann in seinen und Fuhrs civilistischen Versuchen I S. 126, 127; Ebenso Wächter, Pand. II § 206 S. 469.

[49]) Hölder (Pand. § 45 S. 243 Anm. 5) drückt den Entscheidungsgrund dieses Paragraphen ebenso kurz wie treffend dahin aus: „Die beiderseitige Ungiltigkeit des Kaufes beruht hier auf dem von jeder Seite vorliegenden Versuche rechtswidriger Täuschung der anderen Partei“.

[50]) Burchardi, Lehre von der Wiedereinsetzung § 18 S. 342.

Vgl. auch oben § 5 dieser Abhandlung IV unter 2.

[51]) Bei gegenseitigem Dolus ist nämlich der seelische Vorgang, welcher sich im Innern der Kontrahenten abspielt, der, dass jeder „auf die Unwissenheit des anderen spekuliert“ und ihm seine Kenntnis von dem wirklichen Sachverhalt vorenthält.

Bechmann, Der Kauf II S. 304.

Nur wirkungslos wird aber dadurch („*compensando dolo*“, wie die Quellen sagen) der Vertrag gemacht. Eine absolute Nichtigkeit wird nirgends[52]) erwähnt, und deshalb bleibt es den Parteien überlassen, trotz ihres zwiefachen Betruges den Vertrag zu erfüllen. Freilich wird das verhältnismässig selten vorkommen, da ja jeder den andern überlisten will und grade damit einen Gewinn zu machen hofft[53]). — — — — — — —

Wir müssen jetzt noch mit einigen Worten zu der Frage Stellung nehmen, ob dieses Fragmentum 57 D. de contr. empt. (18,1) ganz bezw. zum Teil für interpoliert zu halten ist oder nicht. —

Fast bei allen Schriftstellern[54]), die unsere Lex eingehender behandelt haben, findet man diese Frage nach der Interpolation angeregt und erörtert. Es ist da vielfach behauptet worden, die Stelle könne nicht den grossen Juristen Paulus zum Verfasser haben, sondern sei nur ein elendes Machwerk Tribonians oder ein Kunststück Justinians, und zwar hat man für diese Hypothese äussere und innere Gründe angeführt.

1. Die äusseren, in rein sprachlicher Hinsicht, sollen darin zu finden sein, dass die ganze Diktion mehr justinianisch als paulinisch sei[55]). Dies hat namentlich Eisele[56]) ganz ausführlich zu begründen gesucht.

---

[52]) Vgl. die anderen bei Bechmann, Kauf II S. 304 Anm. 2 angeführten Stellen.

[53]) Aus diesem Grunde ist auch die Meinung Bechmanns (Kauf II S. 466) zu verwerfen, es könne in unserem Falle ein „*negotium mixtum cum donatione*“ angenommen werden, der Käufer bezahle „die Ruine wissentlich absichtlich so teuer, wie er das ganze Haus bezahlt hätte“. In der ganzen Stelle ist nicht das Mindeste davon zu lesen, sondern nur die Rede von einem ganz gewöhnlichen Kauf. Deshalb haben wir auch hier nur an den Typus des ganz gewöhnlichen Käufers zu denken, welcher so grossmütige Anwandlungen, wie ihm Bechmann zuschreibt, selten zu haben pflegt. Zudem spricht auch der eben angeführte innere Grund, das beiderseitige Sichüberlistenwollen, dagegen. Denn es ist doch nicht recht einzusehen, warum der Käufer sich gerade der Maske des Dolus bedienen soll, wenn er seinem Mitkontrahenten bei Gelegenheit eines Kaufes eine Liberalität erweisen will.

Vermutlich ist Bechmann zu dieser Ansicht infolge der Vorschrift des § 41 I 11 A. L. R. gelangt. Vgl. über diese unten Anm. 57.

[54]) u. a. Glück, XVI S. 23, Bechmann, Kauf II S. 464, v. Vangerow, Pand. § 604 S. 263, Richelmann a. a. O. S. 81, Westphal a. a. O. S. 46, Burchardi S. 340.

[55]) Bechmann, Kauf II S. 465 Anm. 2;
Westphal, Lehre vom Kauf S. 46.

[56]) Eisele, Zeitschrift für Rechtsgeschichte Bd. VII S. 30.

2. Schwerwiegender sind jedoch die inneren Gründe, die man zu Gunsten der Annahme einer Interpolation vorgebracht hat, und hierbei zeigt sich die merkwürdige Erscheinung, dass bald dieser, bald jener Teil der Lex von den verschiedenen Autoren als interpoliert gebrandmarkt wird[57]).

Ein kurzer Rückblick auf die einzelnen Entscheidungen wird uns bald darüber belehren, ob und inwieweit diese Vorwürfe begründet sind.

a) Dass der Dolus des Verkäufers wie auch der des Käufers in einer dem Sachverhalt angemessenen Weise behandelt sind, haben wir oben nachzuweisen versucht.

b) Die Kompensation im Falle des **beiderseitigen** Dolus ist auch nichts Abnormes, wie aus den übrigen, in den Quellen mit derselben Voraussetzung behandelten Fällen hervorgeht.

c) Wirklich auffällig könnten also nur die Entscheidungen im **Principium** unserer Stelle erscheinen, und dass der Vorwurf der Willkür, der gegen dieselben von Autoritäten wie Mommsen, v. Vangerow, Bechmann u. a. erhoben wird, nicht unverdient ist, muss man allerdings unumwunden zugeben. Denn es erscheint in der That bedenklich, dass die Kontrahenten im Falle beiderseitiger Unkenntnis der Sachlage an den Vertrag gebunden sein sollen, je nachdem noch ein bestimmter Bruchteil vom Hause übrig geblieben ist oder nicht.

Immerhin aber ist uns nun einmal der rein äusserliche Massstab[58]) gegeben, dass **die Hälfte** als Grenzlinie

[57]) Die l. 57 ist übrigens zum Teil im A. L. R. I 11 §§ 39—41 wieder zu finden. Die Stelle lautet hier:

§ 39: War der Gegenstand des Kaufs schon zur Zeit des geschlossenen Vertrages nicht mehr vorhanden, und dieses beiden Teilen noch unbekannt, so ist der Kauf für nicht geschlossen zu achten.

§ 40: Wusste nur der Verkäufer, dass die Sache nicht mehr vorhanden sei, so muss er dem Käufer das Interesse leisten.

§ 41: War es nur dem Käufer bekannt und . . . . . , so muss das Geschäft in Ansehung des versprochenen oder schon wirklich bezahlten Kaufpreises nach den Regeln von Schenkungen beurteilt werden. (Über Schenkungen vgl. I 11 § 1064 A. L. R.)

[58]) Mommsen, I S. 170.

ausschlaggebend sein soll, und dieser Umstand, „der", wie Gradenwitz[59]) zutreffend bemerkt, „mit einer wissenschaftlichen Deduktion nichts mehr gemein hat", in Verbindung mit den sprachlichen Seltsamkeiten könnte allerdings eine Interpolation unserer Stelle zur **Wahrscheinlichkeit** machen[60]).

Nichtsdestoweniger werden wir jedoch Mommsen (I, S. 175) darin beistimmen können, dass die eben kritisierte Entscheidung, wonach die Hälfte den massgebenden Faktor abgeben soll, dann den Richter bei seinem Urteil nicht bestimmen dürfe, wenn aus der ganzen Sachlage sich noch andere Umstände ergeben, aus denen ein Schluss auf den eigentlichen Willen des Käufers zulässig ist. Und dass nur, wo die Umstände hierzu nicht geeignet seien, jene ominöse Bestimmung für die richterliche Entscheidung als Grundlage dienen solle[61]).

III. In engstem Zusammenhang mit diesem Fragment 57 steht die unmittelbar darauffolgende l. 58 D. de contr. empt. (18,1), welche bei ungefähr gleichem Thatbestande auf fast alle Entscheidungen dieser von uns bisher behandelten Stelle Bezug nimmt.

Die l. 58 lautet:

„Papinianus libro decimo quaestionum:

Arboribus quoque vento deiectis vel absumptis igne dictum est emptionem fundi non videri esse contractam, si contemplatione

---

[59]) Gradenwitz, Interpolationen S. 48, 49.

[60]) Immerhin aber dürfte man wohl etwas zu weit gehen, wenn man mit Gradenwitz annimmt, dass Tribonian schon von den Worten *„hac quaestione"* an thätig gewesen sein solle. Meint doch auch Gradenwitz selbst, dass „der Gedanke zu berücksichtigen, wieviel verbrannt ist, an sich selbst ganz zweckmässig" sei. Und deshalb ist man u. E. namentlich auch mit Rücksicht darauf, dass dieser Satz (von *„hac quaestione* bis *permaneat"*) in sprachlicher Hinsicht **ebensowenig** bedenklich erscheint, ohne Weiteres zu der Annahme berechtigt, er sei noch echt. Andrerseits ist es sehr wahrscheinlich, dass die Kompilatoren den in ihm enthaltenen „zweckmässigen" Gedanken vom Standpunkt der Praxis aus (mit den Worten *„ut si quidem"* beginnend) exemplifikativ weiter ausgesponnen haben und dabei auf den Notbehelf „der Hälfte" verfallen sind.

[61]) Ob es übrigens, wie Mommsen meint, richtiger gewesen wäre, die Entscheidung dieser Frage ganz dem richterlichen Ermessen zu überlassen, ist mindestens zweifelhaft, da in solchen mehr oder weniger technischen Fragen das freie richterliche Ermessen allein gar oft zum zweischneidigen Schwert werden könnte.

illarum arborum, veluti oliveti, fundus comparabatur, sive sciente sive ignorante venditore: sive autem emptor sciebat vel ignorabat vel uterque eorum, haec obtinent, quae in superioribus casibus pro aedibus dicta sunt.“

1. Hier ist also ein Kauf über einen *fundus* abgeschlossen worden, und zwar nur wegen gewisser Bäume, mit denen er bestanden ist, weil diese beispielsweise eine für den Käufer wertvolle Ölpflanzung bilden.

2. Die Bäume spielen hier dieselbe Hauptrolle wie in der l. 57 das Haus, und der *fundus* ist dabei von derselben Bedeutungslosigkeit wie dort die *area*. Der *fundus* wird deshalb bei diesem Kauf überhaupt nicht weiter berücksichtigt[62]).

Sind nun jene das eigentliche Vertragselement bildenden Bäume durch Sturm oder Brand vernichtet, dann wird der ganze Vertrag über den *fundus* als nicht abgeschlossen betrachtet (*„emptionem fundi non videri esse contractam“*), eben weil es dann wiederum an der Existenz des eigentlichen Kaufobjektes mangelt. Daher sollen denn auch hier die in der l. 57 aufgestellten Grundsätze über die Nichtexistenz des geschuldeten Gegenstandes zur Anwendung kommen, mit der einen Ausnahme, dass es hier ganz gleichgiltig ist, ob der **Verk**äufer von der Vernichtung der Pflanzung Kenntnis gehabt hat oder nicht[63]).

IV. Aus einer Gesamtbetrachtung der beiden eben näher ausgeführten Gesetzesstellen ergiebt sich somit für die rechtliche Behandlung der teilweisen Nichtexistenz des geschuldeten Gegenstandes als erster Grundsatz:

[62]) Wir erkennen auch an dieser Stelle die gleich zu Anfang dieses Teils vorangestellte Regel wieder, dass nur das als Vertragsgegenstand gilt, was die **Parteien** nach ihrem übereinstimmenden **Willen** als solchen hingestellt haben.

Vgl. oben § 8 II unter 2 a.

[63]) Was übrigens die Frage der Interpolation dieser auf die strittige l. 57 Bezug nehmenden Stelle anlangt, so dürfte dieses Fragment von den Worten *„sive autem emptor“* an unzweifelhaft interpoliert sein, da, wie Gradenwitz mit Recht betont, Papinian im 10. Buche seiner Quästionen ebensowenig auf Paulus 5. Buch ad Plautium wie auf die l. 57 in dieser Weise zurückgreifen konnte.

Gradenwitz, Interpolationen S. 93, 94.

Bei teilweiser Nichtexistenz kommt es zur Entscheidung der Frage, ob das gegenseitig verpflichtende Geschäft giltig bleibt oder nicht, erstens auf das Wissen oder Nichtwissen der Kontrahenten an und zweitens auf das Verhältnis des Überrestes zum Ganzen[64]).

Man darf nun in Übereinstimmung mit Mommsen und Windscheid die aus diesen beiden Leges entnommenen Regeln nicht ohne Weiteres bei jeder Nichtexistenz des Kaufobjektes für allgemein anwendbar halten. Vielmehr muss man bei **jedem** einzelnen Geschäft besonders untersuchen, ob auch in diesem konkreten Fall der dort gegebene Massstab zur Richtschnur für die Beurteilung zu machen ist oder nicht[65]).

a) Lassen sich doch, wie Mommsen ausdrücklich hervorhebt, bei der grossen Mannigfaltigkeit der Lebensverhältnisse in der Praxis Fälle genug aufweisen, welche den Regeln der l. 57 anzupassen gradezu unsinnig wäre. Oft wird nämlich „nach Mass und Gewicht“[66]) mehr als die Hälfte übrig bleiben und dieses Residuum dennoch nur einen verhältnismässig sehr geringen Wert haben. Als eklatantes Beispiel dafür führt Mommsen ein teilweise verbranntes Gemälde eines hervorragenden älteren Meisters an.

Dasselbe dürfte gelten, wenn z. B. ein Antiquitätenhändler einem kunstverständigen Liebhaber eine nur in wenigen Exemplaren vertretene, wertvolle alte Handschrift oder das Manuskript eines berühmten dichterischen Werkes verkauft, ohne zu wissen, dass einige Blätter hiervon vernichtet oder überhaupt nicht vorhanden sind.

In beiden Fällen entspricht der Wert des übrig gebliebenen Teils durchaus nicht einem gleichen Bruchteil des

---

[64]) Ähnlich Brinz, Pand. IV S. 432.

[65]) Die entgegengesetzte Ansicht, welche den Mommsenschen Ausführungen von Windscheid subintellegiert wird, dürfte sich deshalb schwerlich aus denselben herauslesen lassen, weil Mommsen seine Schlussfolgerung: „Wir müssen demnach die Regeln der l. 57 . . . . . ausdehnen“, sofort wieder durch den Zusatz einschränkt, „auf alle diejenigen Fälle einer teilweisen Unmöglichkeit, in welchen die in Betracht kommenden Verhältnisse eine solche Ausdehnung zulassen“. Vgl. Windscheid, Heidelb. kr. Zeitschr. II S. 120.

[66]) Mommsen I S. 172.

Wertes der ganzen Sache[67]), und zudem ist auch beide Male eine völlige Wiederherstellung ganz ausgeschlossen, sodass der noch mögliche Teil der Leistung für den Käufer meist nur von geringem Interesse sein wird.

b) Lassen jedoch im Einzelfalle die vorliegenden Verhältnisse eine analoge Anwendung der in Rede stehenden Regeln zu, dann wird man sie allerdings ohne Bedenken der Beurteilung zu Grunde legen dürfen.

B. Tausch und Sachmiete.

Da der Kauf der einzige Vertrag ist, den wir mit Rücksicht auf unsere Lehre in den Quellen behandelt finden, so kann man unzweifelhaft die für ihn getroffenen Bestimmungen auch auf die anderen gegenseitigen Verträge, namentlich die auf Sachleistungen gerichteten, analog ausdehnen[68]). Jedoch nur soweit, als die besondere Natur der jedes Mal dabei in Frage kommenden Obligation dies gestattet.

Als Beispiel sei hier im Anschluss an Mommsen[69]) eine Übertragung jener Grundsätze auf den Tauschvertrag und die Sachmiete gewählt, wobei wir jedoch im Einzelnen öfter Wege einschlagen werden, die von der Mommsenschen Darstellung abweichen, aber doch zum gleichen Ziele führen.

I. Der Tausch.

a) Für den Fall, dass der eine der beiden Kontrahenten oder alle beide dolose handeln, d. h. Kenntnis von der teilweisen Nichtexistenz des Tauschobjekts haben, kann man in völliger Anpassung an l. 57 die Grundsätze des Kaufs anwenden.

Also: Kompensation des gegenseitigen Dolus, mithin gänzliche Unwirksamkeit, wenn beide *in dolo* waren; **volle Giltigkeit**, wenn der dem **Ver**käufer entsprechende Kontrahent den andern täuschte[70]).

---

[67]) Mommsen, a. a. O.
[68]) Mommsen, I S. 178;
Windscheid, Heidelb. kr. Zeitschr. Bd. II S. 121.
[69]) Mommsen, I S. 178—182.
[70]) sowie Anspruch des Gegenkontrahenten auf das Interesse nebst Recht den Vertrag aufzulösen.

Desgleichen muss der dem Käufer entsprechende Kontrahent, wenn er seinen Partner betrügt, das ganze Tauschobjekt gegen das Überbleibsel des einzutauschenden Gegenstandes hergeben.

b) Schwieriger wird erst die Anwendung unserer Regeln, wenn **beide Teile** von der teilweisen Nichtexistenz **nichts wissen.**

aa) Beim Kauf wird in diesem Falle mehr der Käufer berücksichtigt[71]), indem ihm der Kaufpreis ermässigt wird und der Verkäufer die so reduzierte Gegenleistung nicht zurückweisen darf. Dabei wird dort ausserdem der Verkäufer durch die Reduzierung des Kaufpreises offenbar durchaus nicht benachteiligt.

bb) Beim Tausch dagegen liegt die Sache ganz anders[72]), und zwar wegen der eigentümlichen Beschaffenheit des Tauschäquivalents.

„Hier nimmt", wie Mommsen es trefflich ausdrückt, „jeder der Kontrahenten eine ähnliche Stellung ein wie bei dem Kaufkontrakte der Käufer", und aus diesem Grunde müssen beim Tauschvertrag beide Parteien gleichmässig berücksichtigt werden.

Ferner ist es hier sehr fraglich, ob derjenige Kontrahent, dessen Tauschobjekt teilweise nicht mehr vorhanden ist, überhaupt eine eingeschränkte Gegenleistung anzunehmen braucht.

cc) Ebenso wie es ferner beim Kauf dem Käufer unangenehm ist, einen Gegenstand, den er ganz hat erstehen wollen, nur noch als unvollständig vorhanden zu erhalten, und er darum in den meisten Fällen gerne den Vertrag rückgängig machen würde, so wird es auch beim Tausch dem entsprechenden Kontrahenten, dessen Leistung noch ganz möglich ist, angenehmer sein, vom Vertrage ganz zurückzutreten. Und dieses um so mehr, als ihm in den meisten Fällen der geringe Trost, der dem Käufer noch bleibt, nämlich Herabsetzung des Kaufpreises, (des Äquivalents für die teil-

---

[71]) Anders Mommsen, I S. 180.
[72]) Mommsen, l. c. S. 180.

weise unmöglich gewordene Leistung), wegen der eigentümlichen Natur des Tauschvertrages nicht gewährt werden kann.

α) Denn, besteht seine Gegenleistung in nicht vertretbaren Sachen, so ist nur eine Reduktion zu ideellen Teilen denkbar, also physisch absolut unmöglich. Eine solche ideelle Teilung aber ist hier als den Interessen des Mitkontrahenten stracks zuwiderlaufend nicht angängig, da man diesem nicht gut wird zumuten können, sich „den Unannehmlichkeiten des Miteigentums“ auszusetzen[73]).

β) Wäre aber selbst eine physische Teilung, eine Realteilung hier möglich, so könnte sie dennoch nicht vorgenommen werden, da man nicht würde ermitteln können, **um welchen Teil** die Gesamtleistung zu **mindern** sei, weil sich ja doch der Tauschvertrag auf **alle** Teile der beiden Leistungen **gleichmässig** erstreckt und deshalb jeder Wertmesser für den untergegangenen Teil fehlt[74]).

c) Demnach bleibt also nur übrig, dass man **beiden** Kontrahenten, insbesondere aber dem, dessen Tauschobjekt noch ganz unversehrt ist, gestattet, vom Vertrage zurückzutreten[75]).

Doch muss man Mommsen[76]) darin beistimmen, dass der Vertrag durchaus nicht nichtig ist, da ja der eben bezeichnete Kontrahent, wenn er seine volle Gegenleistung anbietet, den noch existenten Teil des anderen Tauschobjekts verlangen kann[77]).

II. Die Sachmiete.

a) Bei der Sachmiete werden auf die Betrugsfälle die Grundregeln der l. 57 genau in derselben Weise angewendet,

---

[73]) Mommsen, a. a. O. Ein treffendes Beispiel hierfür bringt Bernhöft in Bekker und Fischers Beiträgen Heft 12 S. 44: Jemand vertauscht eine Jagdflinte gegen zwei Jagdhunde, einer der Jagdhunde krepiert. Muss er die ideelle Hälfte der Flinte geben?

[74]) Mommsen, a. a. O.

[75]) Zu derselben Entscheidung gelangt Bernhöft, a. a. O. S. 44. Besteht hingegen das Aquivalent des in Rede stehenden Kontrahenten in Fungibilien, ist es also schlechthin reell teilbar, dann liegt die Sache hier ebenso wie beim Kauf mit dem Kaufpreise und ist deshalb auch nach denselben Prinzipien wie dieses Geschäft zu behandeln.

[76]) Mommsen, a. a. O. S. 181.

[77]) Mommsen, I S. 181, 182.

wie wir es unter I a) für den Tausch gezeigt haben. Auch bietet hier im Falle der Unkenntnis beider Parteien, des Mieters wie des Vermieters, die Behandlung der Reduktion des Mietsäquivalents keine besonderen Abweichungen vom Kauf dar, da die Gegenleistung ja hier ebenfalls in Geld besteht.

Der Mieter wird also bei teilweiser Nichtexistenz des gemieteten Gegenstandes eine Herabsetzung des Mietszinses verlangen können, vorausgesetzt, dass er an dem Vertrage festhalten will.

b) Ihn nämlich kann man **nicht**, sofern das Mietsobjekt noch bis zur „Hälfte" vorhanden ist, wie im gleichen Falle den Käufer zwingen, den Vertrag zu erfüllen. Denn die in der l. 57 gegebene Vorschrift, wonach die Giltigkeit des Vertrages von dem restierenden Bruchteil des Leistungsgegenstandes abhängig gemacht wird, ist für die **Miete** ganz unanwendbar, besonders wenn es sich, wie so häufig im Leben, um eine Haus- oder Wohnungsmiete handelt, da dem Mieter, besonders in diesen Fällen, fast immer doch nur mit der Benutzungsmöglichkeit des ganzen Mietsobjektes gedient ist[78]).

c) Der Mieter darf daher, wenn ihm die Benutzung des **ganzen** in Aussicht genommenen Mietsgegenstandes nicht gewährt werden kann, das Recht des Rücktritts vom Vertrage beanspruchen[79]).

Arg. l. 25 § 2 D. locati (19,2): *„Si vicino aedificante obscurentur lumina cenaculi, teneri locatorem inquilino: certe quin liceat colono vel inquilino relinquere conductionem, nulla dubitatio est."*

So haben wir also gesehen, dass die auf der teilweisen Nichtexistenz der geschuldeten Sache beruhende teilweise Unmöglichkeit der Leistung ganz **eigentümliche** Wirkungen zeitigt[80]), welche besonders dann hervortreten, wenn **keiner** der Vertragschliessenden von dem Vorhandensein einer nur noch teilweisen Existenz der Sache **Kenntnis hatte**.

[78]) weswegen auf dieses als **Ganzes** auch regelmässig sein Wille gerichtet sein wird.

[79]) Mommsen, I S. 182.

[80]) Mommsen, I S. 201, 202, 223.

Bei einem Gesamtrückblick über unsere Erörterungen in diesem Teil resultiert jetzt als **zweiter** Grundsatz die Regel:

„Eine nicht ganz vorhandene Sache ist bald als vorhanden, bald als nicht vorhanden zu betrachten, je nach dem Umfang des Vorhandenen“ [81]) und der Bedeutung, welche demselben nach dem **Parteiwillen** beizumessen ist.

---

[81]) Brinz, Kritische Überschau V S. 300.

III. Hauptteil.

Die teilweise Unmöglichkeit der Leistung nach dem Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs.

I. Abschnitt.

Allgemeine Übersicht.

§ 10. Vorbemerkung.

Zum Abschluss unserer Abhandlung wollen wir die Regelung unserer Frage im geltenden Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich erörtern[1]).

Das Bürgerliche Gesetzbuch, welches gerade über die Unmöglichkeit eine ungewöhnlich grosse Anzahl von Bestimmungen enthält, hat sich in der Behandlung unserer Lehre im Wesentlichen an das Gemeine Recht angeschlossen.

Dabei ist aber gleich vorauszuschicken, dass das B.G.B. die Unmöglichkeit der Leistung nicht im Zusammenhange behandelt hat. Es enthält keine allgemeinen, auf sämtliche Entstehungsgründe von Schuldverhältnissen sich erstreckenden Bestimmungen, sondern giebt in den einzelnen Abschnitten besondere Vorschriften.

So beziehen die Bestimmungen über die ursprüngliche Unmöglichkeit der Leistung im zweiten Abschnitt des zweiten

---

[1]) Es kann natürlich nicht unsere Aufgabe sein, hier eine umfassende Darstellung der ganzen Unmöglichkeitslehre im B.G.B. zu bringen. Letzteres ist auch bereits durch die musterhafte Abhandlung von Kleineidam, an welche sich die ausführliche Darstellung von Titze anreiht, in der vollkommensten Weise geschehen. Vielmehr soll hier nur eine kurze Besprechung der Grundsätze des B.G.B. über die ursprüngliche Unmöglichkeit, soweit dieselbe sich als teilweise Unmöglichkeit darstellt, folgen, und zwar unter steter Berücksichtigung des Gemeinen Rechts.

Buches sich nur auf Schuldverhältnisse aus **Verträgen**, während der Einfluss der Unmöglichkeit bei Schuldverhältnissen aus einem Vermächtnis im fünften Buch geregelt wird. Die Wirkung der nachfolgenden Unmöglichkeit wird hingegen für **alle** Schuldverhältnisse zusammenhängend im ersten Abschnitt des zweiten Buches behandelt[2]).

Über Leistungen, zu denen der Schuldner auf Grund gesetzlicher Vorschriften verpflichtet ist, enthält das B.G.B. überhaupt keine Bestimmung, weil anzunehmen ist, dass das Gesetz niemals eine objektiv unmögliche Leistung verlangen wird[3]).

Unserem schon im allgemeinen[4]) Teil dieser Abhandlung begründeten Standpunkt und der Darstellung des B.G.B. entsprechend werden wir auch im Folgenden die Wirkungen der Unmöglichkeit bei Schuldverhältnissen aus Verträgen und bei einseitigen Schuldverhältnissen vollständig getrennt behandeln.

§ 11. Der Begriff der Unmöglichkeit im B.G.B.

Wie die gemeinrechtliche Wissenschaft mehrere sog. „Arten" der Unmöglichkeit unterscheidet, so kann man auch für das Recht des B.G.B. die Unmöglichkeit dem Grunde nach in die sog. „natürliche" und „juristische", der Entstehungszeit nach in eine „ursprüngliche" und „nachfolgende",

[2]) Von Unmöglichkeit der Leistung ist deshalb im B.G.B. an den verschiedensten Stellen die Rede, so z. B. beim alternativen Schuldverhältnis (§ 265), beim Vertrage über eine unmögliche Leistung (§§ 306 ff.) und beim Vermächtnis (§§ 2171 ff.).

Das B.G.B. spricht ferner von der nachfolgenden Unmöglichkeit in den §§ 275, 280 ff., von Unmöglichkeit während des Verzuges (§§ 282, 285), vom Einfluss der Unmöglichkeit auf die Gegenleistung (§§ 323 ff.) und von Unmöglichkeit in der Person eines Gesamtschuldners (§ 425).

Für uns und die vorliegende Arbeit kommen nach dem oben (I. Hauptteil § 3 I unter 2) Erörterten nur die Bestimmungen über die ursprüngliche Unmöglichkeit, soweit sie eine teilweise ist, in Betracht.

[3]) Dieses entspricht auch der Ansicht der gemeinrechtlichen Schriftsteller. Vgl. Mommsen, a. a. O. S. 104. Ebenso Planck, Bd. II S. 47 unter 3a; Crome System des Deutschen Bürgerlichen Rechts Bd. 2 S. 33, Text zu Anm. 8; Staudinger, Kommentar zum B.G.B. Bd. 2 S. 60 Note 6. Vgl. auch Motive II S. 178 und Hartmann, Die Obligation. S. 174.

[4]) Oben § 4 II unter b und II. Hauptteil Abschnitt 2 vor § 6.

der persönlichen Beziehung nach in Unmöglichkeit für Jedermann und Unvermögen blos des Schuldners und endlich dem Umfange der Verpflichtung nach in eine völlige und teilweise Unmöglichkeit der Leistung einteilen.

1. Danach ist die Leistung eine natürlich unmögliche, wenn die Unmöglichkeit ihren Grund in den dem Menschen von der Natur gesetzten Schranken hat und eine juristisch unmögliche[1]), wenn sich die Unmöglichkeit in der Logik des Rechts gründet[2]).

Von grossem praktischen Wert ist diese Unterscheidung jedoch nicht[3]), da beide Arten dieselben Wirkungen äussern[4]) und durch § 309 B.G.B.[5]) die gegen ein gesetzliches Verbot verstossenden Verträge (§ 134 B.G.B.) in der rechtlichen Behandlung den objektiv unmöglichen gleichgestellt werden.

2. Dagegen ist auch im B.G.B. von grundlegender Bedeutung die Unterscheidung, ob die Unmöglichkeit bereits von Anfang an vorlag oder erst **nach** Begründung des Schuldverhältnisses eingetreten ist, m. a. W. ob die Unmöglichkeit eine „ursprüngliche“ oder eine „nachträgliche“ ist.

Das B.G.B. hat diesen Umstand schon rein äusserlich dadurch gekennzeichnet, dass es diese beiden Arten von Unmöglichkeit vollständig getrennt[6]) behandelt, und zwar die

---

[1]) Zu unterscheiden von den Fällen juristischer Unmöglichkeit der Leistung sind die der Nichtigkeit eines Rechtsgeschäfts wegen eines rechtswidrigen oder unsittlichen Inhalts. Vgl. hierüber Oertmann, a. a. O. zu § 306 unter c und die zutreffenden Ausführungen von Biermann im Archiv f. d. civilist. Praxis Bd. 91 S. 80 ff.

[2]) Dernburg, Das bürgerliche Recht Bd. II § 60 S. 128.

[3]) Vgl. Oertmann, a. a. O. zu § 306 unter c: „Ob der Grund der Unmöglichkeit im Natur- oder Rechtsgesetz beruht, ist belanglos.“ Ebenso wertlos ist unseres Erachtens die Unterscheidung zwischen absoluter und relativer Unmöglichkeit (vgl. oben § 2 Anm. 4), welche das B.G.B. gar nicht kennt (Biermann im Archiv f. d. civilist. Praxis Bd. 91 S. 82). Jedoch scheint Kleineidam, S. 36, 37 anderer Ansicht zu sein.

[4]) Kisch, a. a. O. S. 9. Vgl. auch unten § 12 I unter 2.

[5]) § 309 B.G.B.: „Verstösst ein Vertrag gegen ein gesetzliches Verbot, so finden die Vorschriften der §§ 307, 308 entsprechende Anwendung.“

[6]) Mit Unrecht tadelt Goldschmidt (Kritische Erörterungen zum Entwurf I Heft I S. 35 Anm. 3) diese lokale Trennung, indem er meint, dass dadurch die Übersichtlichkeit gestört werde.

Unsers Erachtens wird die Übersichtlichkeit über den ganzen Stoff durch eine derartig getrennte Behandlung eher gefördert als gestört. Auch Fischer in Iherings Jahrb. Bd. 37 S. 233 Anm. 49 hält diese Trennung für zweckmässig; ebenso Crome, System Bd. II S. 33 Anm. 9.

ursprüngliche Unmöglichkeit in den §§ 306 ff. und die nachfolgende in den §§ 275 ff. (für den besonderen Fall der gegenseitigen Verträge in den §§ 323—325)[7]).

3. Im Anschluss an das römische Recht[8]), aber noch strenger scheidet das B.G.B. die objektive Unmöglichkeit von der sog. subjektiven, und zwar in so scharfer Weise, dass es für die letztere den Ausdruck „Unvermögen des Schuldners zur Leistung" eingeführt hat[9]) und stets prinzipiell gebraucht.

Damit ist gleichzeitig auch der logische Gegensatz, welcher im Gemeinen Recht zu der Beanstandung des Ausdrucks „subjektive Unmöglichkeit" führte[10]), dass nämlich die nur subjektive Unmöglichkeit überhaupt keine Unmöglichkeit der Leistung, sondern nichts als ein Nichterfüllenkönnen des jeweiligen Schuldners bezüglich der betreffenden ihm gerade obliegenden Leistung sei, vom Gesetzbuch zur Genüge festgelegt worden.

Für diese Auffassung des Gesetzgebers liefern schon die Motive[11]) zu dem Entwurf I. Lesung (§ 237) einen Beweis, denn sie enthalten die Bemerkung:

„Der Entwurf versteht unter Unmöglichkeit der Leistung nur die objektive Unmöglichkeit. . . . .

Der objektiven Unmöglichkeit steht das nur subjektive Unvermögen des Schuldners gegenüber[12])."

---

[7]) Bei dieser grundsätzlichen Trennung kommen für die vorliegende Untersuchung nur die §§ 306 ff. in Betracht, welche wir deshalb zum Gegenstand unserer Erörterungen machen können, ohne auf die Wirkungen, die unser neues Recht der nachträglich eintretenden Unmöglichkeit beilegt, näher einzugehen. Die letztere wird eingehend behandelt in der Monographie von Kisch über „Die Wirkungen der nachträglich eintretenden Unmöglichkeit der Erfüllung bei gegenseitigen Verträgen" und der Inaug. Dissertation von Kämpfe über den „Einfluss nachfolgender Unmöglichkeit der Leistung auf obligatorische Rechtsverhältnisse."

[8]) Vgl. l. 137, §§ 4, 5 D. de V. O. 45,1.

[9]) § 257 Abs. 2 B.G.B. (Vgl. oben § 2 Anm. 6 a. E.)

[10]) Vgl. oben § 2 Anm. 6 und die von Kisch, a. a. O. S. 11 Anm. 7 angeführte Literatur.

[11]) Motive Bd. II S. 44, 45 und S. 177, woselbst es zu § 344 heisst: „Verstanden ist die anfängliche objektive Unmöglichkeit, nicht auch das subjektive Unvermögen."

[12]) Der Kübelsche Entwurf kannte übrigens den Ausdruck „Unvermögen des Schuldners zur Leistung" noch nicht und spricht deshalb u. a. davon, dass eine plötzlich eingetretene Zahlungsunfähigkeit des Schuldners nicht als „Unmöglichkeit" zu gelten habe. v. Kübel, Abschnitt I Tit. III 1 § 11.

Das Unvermögen des Schuldners[13]) ist etwas von der Unmöglichkeit begrifflich durchaus Verschiedenes[14]). Es hindert an sich die vertragsmässige Erfüllung garnicht, da jeder Dritte erfüllen kann, ohne dass die Identität der Leistung berührt wird[15]). Im Allgemeinen gilt deshalb der freilich nicht unbestritten gebliebene Grundsatz, dass das subjektive Unvermögen ohne Einfluss auf die Giltigkeit des Rechtsgeschäfts ist[16]).

Da nun die vorliegende Abhandlung nur die Unmöglichkeit der Leistung[17]) zum Gegenstande hat, so können wir die, wie gesagt, sehr bestrittenen Wirkungen des ursprünglichen Unvermögens[18]) hier völlig unberücksichtigt lassen.

4. Eine teilweise Unmöglichkeit endlich im Gegensatz zu der völligen Unmöglichkeit der Leistung erwähnt das B.G.B. in den §§ 280 Abs. 2, 307 Abs. 2, 323 Abs. 1 und 325 Abs. 1.

Bei der folgenden Darstellung werden wir uns ganz besonders mit § 307 Abs. 2 in Verbindung mit § 139 B.G.B. zu beschäftigen haben.

Zum besseren Verständnis dieser Paragraphen müssen wir aber — ähnlich wie oben, im gemeinrechtlichen Teil dieser Arbeit — erst die wesentlichsten Grundsätze vorausschicken, welche das B.G.B. bezüglich der gänzlichen Unmöglichkeit der Leistung aufgestellt hat[19]).

---

[13]) Der Ausdruck rührt von Brinz her. Vgl. Brinz, Pand. § 245 und oben § 2 Anm. 6.

[14]) Das hat Kleineidam, a. a. O. S. 4 ff. nachgewiesen und ausführlich begründet. Vgl. auch die eingehenden Erörterungen desselben Schriftstellers über die logische Berechtigung der Unterscheidung zwischen Unmöglichkeit und Unvermögen in Iherings Jahrb. Bd. 43 S. 122 ff. Anderer Ansicht Crome, System Bd. 2, S. 34.

[15]) Kleineidam, a. a. O. S. 46. Vgl. oben § 2 I unter 2 Anm. 14. Vgl. jedoch Crome, a. a. O. Anm. 16.

[16]) Motive Bd. II S. 177. Vgl. aber Fischer, a. a. O. S. 240.

[17]) Diesen Begriff und den des Unvermögens haben wieder einige Schriftsteller (so z. B. Titze, a a. O. S. 9 und Biermann, a. a. O. S. 75) zu definieren versucht, freilich mit ebenso wenig Erfolg wie ihre Vorgänger in der gemeinrechtlichen Literatur. (Vgl. oben § 2 Anm. 45.) Was von diesen Versuchen überhaupt zu halten ist, haben wir bereits im 1. Hauptteil dieser Arbeit gesagt (oben § 2 unter V am Ende).

[18]) Das Unvermögen des Schuldners ist zum Gegenstand einer monographischen Bearbeitung durch Krug gemacht worden in seiner Dissertation über „Das unverschuldete Unvermögen zu einer versprochenen Leistung". Breslau 1901.

[19]) Wir können das hier um so weniger umgehen, als das Gesetzbuch selbst bei § 307 Abs. 2 auf seine entsprechenden Vorschriften über die völlige Unmöglichkeit der Leistung in den §§ 306 und 307 Abs. 1 Bezug nimmt.

II. Abschnitt.

Der Einfluss der Unmöglichkeit bei Verträgen.

§ 12. Die völlige Unmöglichkeit.

I. § 360 B.G.B. bestimmt:

„Ein auf eine unmögliche Leistung gerichteter Vertrag ist nichtig“[1]).

1. Wie alle Gesetzgebungen[2]) erklärt also auch unser Gesetzbuch den ganzen Vertrag für nichtig, wenn er auf eine unmögliche Leistung gerichtet ist.

a) Gemeint ist hier nur die sogenannte ursprüngliche Unmöglichkeit.

Dieses ergiebt sich

aa) aus den Motiven[3]) zum Entwurf I. Lesung, welche zu dem entsprechenden § 344 bemerken:

„Verstanden ist die anfängliche (objektive) Unmöglichkeit“.

bb) aus der Wortfassung des § 306 — „auf eine unmögliche Leistung gerichtet“ — im Gegensatz zu § 275 B.G.B., welcher davon spricht, dass die Leistung „infolge eines nach der Entstehung des Schuldverhältnisses eintretenden Umstandes . . . . . unmöglich **wird**.“

Ob der Vertrag sich aber auf etwas Mögliches oder Unmögliches richtet, ergiebt sich schon zur Zeit seines Abschlusses, unabhängig davon, ob mit demselben Moment (oder erst später)[4]) eine Leistungspflicht für den Schuldner begründet wird.

Tritt die Unmöglichkeit aber erst **nach** diesem Zeitpunkt ein, dann kann man nicht mehr sagen, der Vertrag sei auf die unmögliche Leistung „gerichtet“ gewesen.

b) Gemeint ist ferner selbstredend nur die objektive Unmöglichkeit, da das B.G.B. — wie eben erwähnt — die

---

[1]) Vgl. Entwurf I § 344; Entwurf II § 259 Abs. 1.

[2]) Vgl. Code civil Art. 1131; Sächs. B.G.B. § 793; Österr. B.G.B. § 878; §§ 51, 52 I, 5 A.L.R.

[3]) Motive Bd. II S. 176. (Vgl. oben § 11 Anm. 11.)

[4]) d. h. zu einer später bestimmten Erfüllungszeit.

sogenannte subjektive Unmöglichkeit stets mit „Unvermögen des Schuldners zur Leistung“ bezeichnet. (Vgl. oben § 11 unter 3).

2. Auf den Grund, aus welchem die Unmöglichkeit herrührt, kommt es dabei weiter garnicht an.

Danach ist es also ganz gleichgiltig, ob die Leitung infolge eines Naturhindernisses oder eines gesetzlichen Verbots oder wegen unsittlichen Inhalts sich als eine unmögliche darstellt[5]) und ohne Wirkung bleibt[6]).

Deswegen hat der Gesetzgeber absichtlich[7]) — im Gegensatz zu anderen Gesetzbüchern[8]) — darauf verzichtet, besondere Gruppen und Arten von Unmöglichkeit aufzuführen[9]).

Denn, wie bereits erwähnt, wird durch diese Unterscheidungen ein Unterschied in der Wirkung nicht bedingt[10]).

3. Paragraph 306 besagt ferner: Ein auf eine unmögliche Leistung gerichteter Vertrag ist nichtig.

a) Unter „Leistung“ versteht das B.G.B. — welches diesen Begriff des Näheren nicht weiter definiert hat — nach § 241[11]) das, was der Gläubiger kraft des Schuldverhältnisses berechtigt ist, von dem Schuldner zu fordern, wobei noch besonders hervorgehoben wird, dass „die Leistung“ auch in einem Unterlassen bestehen kann.

---

[5]) d. h. ob die Leistung eine natürlich unmögliche, eine juristisch unmögliche oder eine sittlich unmögliche ist. Vgl. hierüber oben § 11 unter 1.

[6]) Dass das Verbotensein und die Unsittlichkeit nicht eigentliche Ursachen der Unmöglichkeit sind (die Leistungen sind deshalb an sich ja sehr gut möglich), sondern nur „verschiedene selbständige Ursachen dieser gleichartigen Wirkung“, hat Biermann, a. a. O. S. 80, 81, überzeugend nachgewiesen.

Der Entwurf I hatte deshalb diese drei Ursachen auch streng von einander geschieden, indem er im § 344 bestimmte: „Ist ein Vertrag auf eine Leistung gerichtet, welche unmöglich oder durch Gesetz verboten ist, oder welche gegen die guten Sitten verstösst, so ist derselbe nichtig“. Die beiden letzten Fälle wurden dann ausgeschieden und in den Allgemeinen Teil genommen. (Vgl. auch den dem Entwurf ähnlichen § 793 im Sächs. B.G.B.)

Das B.G.B. behandelt jetzt gesondert in § 134 das gesetzliche Verbot, in § 138 die Unsittlichkeit und in § 306 die Unmöglichkeit der Leistung.

[7]) Motive Bd. II S. 176.

[8]) Vgl. die von den Motiven Bd. II S. 177 Anm. 1 Citierten.

[9]) Vgl. Kleineidam, a. a. O. S. 21 und Biermann, a. a. O. S. 75.

[10]) Vgl. § 309 B.G.B. und oben § 11 unter 1.

[11]) § 241 B.G.B.: „Kraft des Schuldverhältnisses ist der Gläubiger berechtigt, von dem Schuldner eine Leistung zu fordern. Die Leistung kann auch in einem Unterlassen bestehen.“

Danach ist „Leistung“ also eine Handlung des Schuldners, die entweder in einem Thun oder in einem Unterlassen besteht [12]).

b) Dieser Leistungsbegriff wird dann im folgenden § 242 vom Gesetz noch etwas weiter abgegrenzt; denn nach diesem Paragraphen ist der Schuldner verpflichtet,

> „die Leistung so zu bewirken wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern.“

Muss demnach einerseits der Schuldner gemäss billiger Verkehrsanschauung oder ausdrücklicher Vereinbarung ein gewisses Mass von Kraftanstrengung [13]) aufbieten, um das von ihm Versprochene zu **leisten,** so soll er andererseits aber auch davor geschützt werden, dass von ihm nicht ein Übermass von Anstrengung verlangt wird, welches er nach Lage der Umstände und nach den Anschauungen von Treu und Glauben im Verkehr aufzubieten nicht nötig hat [14]).

4. Ferner ist zu betonen, dass in § 306 ausdrücklich die Nichtigkeit des auf Unmögliches gerichteten Vertrages bestimmt ist. („Ein . . . . gerichteter Vertrag ist **nichtig**“) [15]).

Paragraph 306 erklärt also schlechthin jeden sich auf eine unmögliche Leistung richtenden Vertrag für nichtig.

---

[12]) Vgl. die Entwicklung dieses § 241. (Entwurf I. Lesung § 206: „Gegenstand eines Schuldverhältnisses kann ein Thun oder ein Unterlassen des Schuldners (Leistung) sein“ und Entwurf II. Lesung § 205.)

Vgl. auch oben § 3 Anm. 4, insbesondere Motive II 5: „Terminologisch gebraucht der Entwurf für den Gegenstand des Schuldverhältnisses, sei er hiernach positiv oder negativ oder in beiden Richtungen zugleich bestimmt, in Übereinstimmung mit der modernen Rechtssprache den Ausdruck „Leistung“.

[13]) Vgl. Kleineidams Kraftanstrengungstheorie (a. a. O. S. 14—16, S. 51 und in Iherings Jahrb. Bd. 43 S. 110 ff.), wonach die von der jedesmaligen Obligation geforderte Kraftanstrengung bei Beurteilung der Unmöglichkeit zu berücksichtigen ist.

Vgl. hierüber auch oben § 2 unter V den Text zu Anm. 32 und Anm. 42 und diese selbst.

[14]) Nach Titze, a. a. O. S. 3 wird es auch in der Literatur allgemein anerkannt, dass § 242 sowohl zu Gunsten wie zu Lasten des Schuldners gilt. Vgl. die bei Titze, a. a. O. Anm. 3 Citierten.

[15]) Nach unserem Gesetzbuch zerfallen nämlich die ungiltigen Rechtsgeschäfte in nichtige und anfechtbare (vgl. über Nichtigkeit die §§ 134, 138, 140, 141, über Unwirksamkeit die §§ 135, 319, über Anfechtbarkeit den § 142).

Diese Nichtigkeit ist aber auch ein unbedingtes Erfordernis der Logik[16]) und liegt in der Natur der Sache begründet.

Denn was eine Erfüllung durch Naturgesetz oder gesetzliche Bestimmungen von vornherein ausschliesst, kann nicht zum Gegenstande eines rechtlich wirksamen Geschäfts gemacht und vom Gläubiger erfüllt verlangt werden[17]). (Crome II, S. 33).

Trotz dieser Nichtigkeit ist aber die Entstehung einer anderen Leistungspflicht aus dem auf Unmögliches abzielenden Thatbestande an sich sehr wohl denkbar und zulässig[18]). (Vgl. Crome a. a. O. S. 159.)

5. Schliesslich muss noch bemerkt werden, dass in § 306[19]) zwar nur allein von Verträgen die Rede ist, derselbe aber dennoch analog auch auf die einseitigen Schuldverhältnisse des B.G.B.[20]) anzuwenden ist. (Vgl. den Entwurf I, wo durch § 343 die analoge Anwendung der für Vertragsobligationen geltenden Rechtssätze auf die einseitigen Schuldverhältnisse ausdrücklich vorgeschrieben war[21]).)

So sehen wir also, dass § 306 B.G.B. in jeder Beziehung mit der oben behandelten l. 185 D 50,17: „Impossibilium nulla obligatio est“ übereinstimmt. (Vgl. Crome, System Bd. II S. 33 Anm. 3.)

---

[16]) Vgl. Hartmann, a. a. O. S. 172, 175; Dernburg, Pand. II § 16. Vgl. auch Motive Bd. II S. 45, woselbst es heisst: „Dass die Unmöglichkeit die Verbindlichkeit des Schuldners ausschliesst, entspricht der Natur der Sache“. Siehe auch Protokolle II S. 361 und 904.

[17]) Anderer Ansicht Titze, welcher a. a. O. S. 240 ff. nachzuweisen versucht, dass diese Nichtigkeit nicht ein Gebot der Logik ist. Doch hat schon Kleineidam in Iherings Jahrb. Bd. 43 S. 138 ff. seine irrigen Anschauungen überzeugend widerlegt.

[18]) Das B.G.B. hat jedoch im Prinzip die Begründung einer solchen Ersatzpflicht abgelehnt (Motive Bd. II S. 178). Vgl. hierüber Kleineidam, a. a. O. S. 35. (Ebenso das Gem. Recht, vgl. oben § 4 Anm. 11.) Im Gegensatz hierzu konstruiert Titze, a. a. O. S. 212 eine Ersatzleistungspflicht als eine seiner Ausnahmen von der Regel des § 306 B.G.B.

[19]) Ebenso wie in den beiden folgenden Paragraphen 307 und 308.

[20]) also die Stiftung (§§ 80 ff.), die Auslobung (§§ 657 ff.) und die Schuldverschreibungen auf den Inhaber (§§ 793 ff.). Ebenso Staudinger, Kommentar Bd. II S. 60 unter 6.

[21]) Für Vermächtnisse, die auf eine unmögliche Leistung gerichtet sind, bestimmt übrigens § 2171 und für die Auflage einer solchen Leistung § 2192 sogar ausdrücklich die völlige Unwirksamkeit.

Im Uebrigen vgl. bezüglich der einseitigen Schuldverhältnisse die weiter unten folgenden §§ 15 und 16 dieser Abhandlung.

II. Wie wir gesehen haben, folgt aus dem Wortlaut des eben besprochenen § 306 B.G.B., dass die Unmöglichkeit der Leistung, auf welche der Vertrag „gerichtet" ist, schon zur Zeit des Vertragsabschlusses, d. h. also zur Zeit der Entstehung des Schuldverhältnisses[22]) vorhanden gewesen sein muss.

a) Mit Rücksicht darauf nun, dass bei gewissen Verträgen mit dem Moment ihres Abschlusses zwar ein Schuldverhältnis, aber noch nicht eine Leistungspflicht entsteht[23]), haben verschiedene Autoren infolge der Bestimmungen des § 308 B.G.B. von dem Grundsatz des § 306 einige Ausnahmen konstruiert[24]).

Über die Berechtigung hierzu lässt sich streiten. Wir wollen zunächst die Sachlage an der Hand des Gesetzes prüfen.

1. Der Absatz 1 des § 308 lautet:

> „Die Unmöglichkeit der Leistung steht der Giltigkeit des Vertrags nicht entgegen, wenn die Unmöglichkeit gehoben werden kann und der Vertrag für den Fall geschlossen ist, dass die Leistung möglich wird."

(Vgl. den ähnlichen § 796 im Sächs. B.G.B.)

Das Gesetz verlangt also, soll der Vertrag trotz der Unmöglichkeit der Leistung Giltigkeit haben, erstens, dass die Unmöglichkeit gehoben werden kann, und zweitens, dass der Vertrag für diesen Fall, d. h. unter der Bedingung des Möglichwerdens der Leistung abgeschlossen ist. (Vgl. Crome II, S. 159.)

Voraussetzung für ein solches suspensiv bedingtes Geschäft ist demnach, dass die beim Vertragsschlusse noch unmögliche Leistung sich über kurz oder lang[25]) bewirken lassen

[22]) Ob eine Leistung aber in diesem Augenblick als unmöglich zu betrachten ist oder nicht, das lässt sich nach dem oben (§ 2 unter V) im allgemeinen Teil dieser Arbeit Dargelegten nur unter Berücksichtigung aller Modalitäten der betreffenden Leistungspflicht beurteilen.

[23]) Zu diesen rechtsgiltig geschlossenen, aber erst später wirksamen Verträgen gehören in erster Reihe die nach § 158 B.G.B aufschiebend bedingten und gemäss § 163 B.G.B. aufschiebend befristeten Verträge.

[24]) Z. B. Titze, a. a. O. S. 215 und 217; Krug, a. a. O. S. 35; Kisch, a. a. O. S. 29, welcher sich für seine Ansicht auf die Protokolle (I S. 454 ff.) bezieht, und Kleineidam (s. unten Anm. 31).

[25]) Für die Giltigkeit dieses Geschäfts ist es also gleichgiltig, ob der Wegfall der Unmöglichkeit nahe bevorsteht oder erst nach längerer Zeit erfolgen kann.

muss[26]) und die Parteien, denen die momentane Unmöglichkeit bekannt ist, eben unter der Voraussetzung dieses baldigen Wegfalls der Unmöglichkeit kontrahieren.

Der Zeitpunkt des Eintritts der Bedingung (d. i. des Wegfalls der Unmöglichkeit) und der des Möglichwerdens der Leistung müssen somit hier zusammenfallen.

2. Noch viel weitergehend ist die Bestimmung im zweiten Absatz von § 308, welche dahin lautet:

> „Wird eine unmögliche Leistung unter einer anderen aufschiebenden Bedingung oder unter Bestimmung eines Anfangstermins versprochen, so ist der Vertrag giltig, wenn die Unmöglichkeit vor dem Eintritte der Bedingung oder des Termins gehoben wird."

Hiernach ist also jeder auf eine zur Zeit des Geschäftsschlusses noch unmögliche Leistung gerichteter, suspensiv bedingter bezw. befristeter Vertrag giltig, wenn die Unmöglichkeit in irgend einem Zeitpunkt[27]) vor dem Eintritt der Bedingung oder des Termins behoben wird[28]).

In engem Anschluss an das römische Recht[29]) erklärt also auch unser Bürgerliches Gesetzbuch solche mit irgend einer Bedingung bezw. mit einer Befristung versehenen Verträge für giltig, so dass es hiernach genügt, wenn zur Zeit der Erfüllung[30]) der Bedingung die Leistung möglich ist.

---

[26]) Das folgt aus den Worten: „wenn die Unmöglichkeit gehoben werden kann".

[27]) Spätestens also im Moment des Eintritts der Bedingung bezw. des Termins selbst. Planck, a. a. O. zu § 308 unter 2; Motive Bd. II. S. 180; Kleineidam, a. a. O. S. 33 und 34; Crome, a. a. O. S. 159 Anm. 12.

Ebenso Schollmeyer, a. a. O. zu § 308 S. 158 unter 2.

[28]) Vgl. die Fassung dieses Absatzes im Entwurf I § 346 Abs. 2: „Wird ein Vertrag über eine solche Leistung unter einer anderen Bedingung geschlossen, so ist der Vertrag giltig, seine Wirksamkeit aber davon abhängig, dass bis zur Zeit der Erfüllung der Bedingung die Unmöglichkeit weggefallen ist." Im Übrigen vgl. Crome a. a. O. Anm. 11.

[29]) Vgl. z. B. l. 61 D. de contr. empt. (18,1) und l. 31 D. de V. O. (45,1) und oben § 2 III unter 2.

Das Gemeine Recht kannte übrigens die Notwendigkeit des Eintritts der Möglichkeit vor der Entscheidung über die Bedingung nicht. Vgl. Mommsen, a. a. O. S. 150, 151.

[30]) Ebenso l. 31, l. 98 pr. D. de V. O. (45,1). Vgl. auch Crome, Bd. II S. 159 Anm. 11.

b) Diese Vorschriften des § 308 B.G.B. als Ausnahmen[31]) von der allgemeinen Regel des § 306 hinzustellen, liegt indessen unseres Erachtens kein Grund vor.

Das Gesetz hat vielmehr, da in den Fällen des § 308 offenbar nur eine zeitweilige und vorübergehende[32]) Unmöglichkeit vorliegt, eben mit Rücksicht auf das frühere oder spätere Möglichwerden der Leistung das ganze Geschäft aus dem alleinigen Grunde, weil der bedingte Vertrag sich auf eine zu der (bei ihm ganz irrelevanten) Zeit seines Abschlusses[33]) gerade zufällig nicht mögliche Leistung richtet, nicht für nichtig gehalten und deshalb angeordnet, dass es unter den erörterten Bedingungen giltig sein soll.

Dass hier aber in der That nur an eine zeitweilige Unmöglichkeit gedacht ist, ergiebt sich aus dem Begriff und Wesen[34]) dieser Art von Unmöglichkeit gegenüber der dauernden[35]).

Über die Sicherung der bedingten Ansprüche aus § 308 sind nähere Vorschriften in den §§ 916 Abs. 2, 935 bis 945 C.P.O., §§ 67, 154, 156, 171 K.O. enthalten[36]).

---

[31]) Auch Kleineidam, a. a. O. S. 32 scheint — wenigstens bezüglich des Abs. 2 von § 308 — eine Ausnahme anzunehmen. In Iherings Jahrbüchern Bd. 43 S. 122 erklärt er sogar direkt den § 308 für eine dem Prinzip des § 306 entgegenstehende Ausnahmebestimmung.

[32]) Ebenso Oertmann, Kommentar zu § 308 unter 1; Schollmeyer, a. a. O. zu § 308 unter 1 (S. 157); Planck, a. a. O. zu § 306 und § 308.

Bei letzterem (zu § 308 unter 1) heisst es: „Der Vertrag ist nichtig, wenn die Leistung zur Zeit des Abschlusses des Vertrags unmöglich ist, mag die Unmöglichkeit eine dauernde oder eine nur vorübergehende sein. Im letzteren Falle aber ist der Vertrag giltig, wenn er für den Fall geschlossen wird, dass die Unmöglichkeit wegfällt“ Daselbst steht ferner bei § 306 unter 1: „Ist die Unmöglichkeit keine dauernde oder ist der Vertrag unter einer Bedingung geschlossen, so findet § 308 Anwendung.“

[33]) Schon nach ganz allgemeinen Grundsätzen wird die Giltigkeit eines bedingten Rechtsgeschäfts — was den Inhalt des erklärten Willens anbetrifft — nicht nach der Zeit seines Abschlusses, sondern lediglich nach der des Eintritts der Bedingung beurteilt. (Windscheid, Pand. I § 83.) In Übereinstimmung damit hat das B.G.B. hier bei Erklärung der Giltigkeit des bedingten Geschäfts lediglich auf den Zeitpunkt der Erfüllung gesehen.

[34]) Vgl. über die zeitweilige Unmöglichkeit Motive II, S. 451; Planck, Vorbemerkung zu § 275 unter No. 2; Oertmann, Kommentar, Vorbemerkung zu §§ 275/83 unter No. 5; Dernburg, S. 129 unter III; Cosack, S. 334, 3a.

[35]) Vgl. die zutreffende Definition der dauernden Unmöglichkeit von Kisch, a. a. O. S. 24: „Die Unmöglichkeit ist dann eine dauernde, wenn sich ihr rechtzeitiger Wegfall nicht absehen lässt.“

Siehe jedoch auch Seufferts Archiv Bd. XLV No. 156.

[36]) Schollmeyer, a. a. O. S. 159 unter 3.

III. Im Zusammenhange mit den eben behandelten Grundsätzen muss noch Folgendes bemerkt werden:

1. Wie bereits oben im römischrechtlichen Teil (§ 4 unter I) hervorgehoben wurde, macht nach Gemeinem Recht ein späterer Wegfall der Unmöglichkeit den nichtigen Vertrag nicht wieder giltig[37]).

Ebenso bleibt auch nach dem Recht des B.G.B. das einmal nichtige Rechtsgeschäft völlig wirkungslos und verwandelt sich durch Wegfall der Unmöglichkeit nicht etwa in ein giltiges[38]). Ja, unser Gesetz hält an diesem Standpunkt so streng fest, dass es selbst die Bestätigung eines nichtigen Rechtsgeschäfts durch seinen Urheber nicht als ein nachträgliches Giltigwerden ansieht, sondern ausdrücklich als erneute Vornahme des Geschäfts betrachtet wissen will. (§ 141 Abs. 1.)

Deshalb wird — wiewohl das B.G.B. hierüber eine besondere Vorschrift nicht enthält — auch z. B. anzunehmen sein, dass ein in der Natur der Unmöglichkeit nicht begründetes Wiedermöglichwerden[39]) einer ursprünglich möglich gewesenen und dann unmöglich gewordenen Leistung das erloschene Schuldverhältnis nicht wieder zur Entstehung bringt[40]).

---

[37]) Vgl. l. 83 § 5 D. 45,1, l. 1 § 9 D. 44,7; l. 35 pr., § 1 und l. 103 D. 45,1; Windscheid, Pand. II 315, Anm. 11; Dernburg, Pand. II, § 16 Anm. 7.

[38]) Ebenso Kleineidam, welcher a. a. O. § 7 a. E. auch meint, dass in den gewöhnlichen Fällen des § 306 ein nachträgliches Möglichwerden ohne Einfluss ist. Und bezüglich der Unwirksamkeit bei dem entsprechenden § 2171 sagt er auf S. 62 a. a. O.:

„Die Unwirksamkeit des Vermächtnisses überhaupt entzieht jedem Anspruch den Boden ebenso wie die Nichtigkeit."

Ebenso ferner Cosack, Bürgerliches Recht, Bd. I § 98 S. 331.

Vgl. auch Crome, a. a. O. S. 159, Text zu Anm. 9 und Schollmeyer, § 308 Anm. 2.

[39]) So nach der Auffassung Windscheids, welcher (Pand. Bd. II § 315 a. E.) die Ansicht vertritt, dass ein späterer Wegfall der Unmöglichkeit ein Geschäft dann giltig macht, „wenn der Wegfall in der Natur der Unmöglichkeit begründet, nicht wenn er zufällig ist." Doch ist diese Ansicht nicht allgemein geteilt worden. Vgl. hierüber Schollmeyer, zu § 308 unter 1.

[40]) Wenigstens ist in § 275 Abs. 1 nichts zu finden, was die Möglichkeit einer nachträglichen Wiederherstellung des Forderungsrechts andeutet. Kleineidam, a. a. O. S. 97. Vgl. auch Kisch, S. 25. Bezüglich derselben auch im römischen Recht vielfach erörterten Frage siehe oben § 4 Anm. 12. Vgl. auch den übrigens ähnlichen § 364 I, 5 A. L. R.

2. In den Motiven zum Entwurf I[41]) wird die Frage angeregt, ob durch den Vertragsabschluss über eine beschränkt verkehrsunfähige Sache im Fall der Unkenntnis der Parteien von dieser Beschränkung immer eine objektive Unmöglichkeit begründet wird oder ob in solchem Falle, „im Hinblick auf den Umstand, dass das Hindernis aufgehoben werden kann", nur ein Unvermögen des Schuldners als vorliegend anzunehmen ist.

Mit Rücksicht darauf, dass — wie soeben unter 1 ausgeführt — dem Umstande, ob das Hindernis gehoben werden kann oder nicht, nach unserm Gesetzbuch eine Bedeutung überhaupt nicht beizumessen ist, wird man dahin zu entscheiden haben, dass hier stets eine objektive Unmöglichkeit vorliegt[42]).

3. Weiterhin müssen wir hier auch noch der viel umstrittenen Frage gedenken, ob die während des Schwebens einer Bedingung eintretende Unmöglichkeit — da das bedingte Geschäft bereits abgeschlossen ist — als eine nachfolgende oder — weil eine Leistungspflicht noch nicht entstanden ist[43]) — als eine ursprüngliche betrachtet werden muss[44]).

[41]) Motive Bd. II S. 176. Die Motive verweisen an dieser Stelle auf § 348 Abs. 1 des Entwurfs I, woselbst es heisst:

„Ein Vertrag ist deshalb nicht ungiltig, weil die Leistung auf Sachen und Rechte eines Dritten sich bezieht."

Nach gemeinrechtlicher Anschauung (cfr. z. B. l. 28 D. 28,1) wird ebenfalls ein Vertrag über Sachen oder Rechte eines Dritten als Fall der sogenannten subjektiven Unmöglichkeit behandelt. Vgl. Windscheid, Pand. Bd. II § 264 Anm. 1; Mommsen, a. a. O. S. 12.

Bernhöft in Iherings Jahrb. Bd. 14 S. 135 ist aber — ebenso wie Verfasser — der Ansicht, dass der Kauf einer nicht verkehrsfähigen Sache bei strenger Anwendung des erwähnten Grundsatzes nichtig sein muss.

[42]) Selbstredend aber nur bei Unkenntnis der Parteien von dieser beschränkten Verkehrsunfähigkeit. Vgl. Kleineidam, S. 23 Anm. 10.

[43]) Sondern erst mit Eintritt der Bedingung bezw. des Termins begründet wird. Vgl. Windscheid, Pand. Bd. I § 89; Dernburg, Pand. Bd. I § 109; Motive Bd. I S. 255.

[44]) Kleineidam, a. a. O. S. 88, 89 spricht hierbei — unseres Erachtens ohne Grund — wiederholt von einer „Lücke" im Gesetz, die er dann nach den Regeln der Analogie auszufüllen sich bemüht. Im Gegensatz dazu hat Kisch durch seine zutreffenden Ausführungen a. a. O. S. 27—30 hinlänglich bewiesen, dass auch das Gesetz selbst Anhaltspunkte genug zur Entscheidung der Frage bietet.

Auf S. 30 Anm. 7 Abs. 2 tritt der Letztgenannte deshalb auch der Darstellung Kleineidams entgegen.

Für die Entscheidung dieser Streitfrage ist — wie schon oben § 2 III unter 3 kurz angedeutet — der Zeitpunkt des Geschäftsabschlusses ausschlaggebend. Und mit vollem Recht.

Während nämlich im Allgemeinen ein Vertrag, sobald er rechtsverbindlich abgeschlossen ist, auch regelmässig sogleich seine volle Wirksamkeit äussert, erzeugt ein (aufschiebend) bedingtes bezw. befristetes Rechtsgeschäft zunächst noch keine Leistungspflicht, wohl aber sofort eine obligationsmässige Gebundenheit des Schuldners. Aus diesem Grunde allein aber folgt u. E., dass die **nach** diesem Zeitpunkt und vor Eintritt der Bedingung entstandene Unmöglichkeit nur als eine **nachträgliche** aufgefasst werden kann. Denn nach § 154 B.G.B. ist der bedingte Vertrag mit dem Augenblick, in welchem sich die Parteien über alle Punkte des Geschäfts geeinigt haben, abgeschlossen und damit ein bestimmtes — freilich noch nicht vollwirksames — Forderungsrecht entstanden.

Demnach liegt mit dem Abschluss des bedingten Vertrages unzweifelhaft sofort ein giltiges Rechtsgeschäft vor, wobei es für die Frage nach dem Zeitpunkt des Vertragsschlusses ganz unerheblich ist, ob die **volle** Wirksamkeit des Geschäfts noch von einem zukünftigen Umstande abhängig gemacht ist oder nicht.

Es ist deshalb auch vom Standpunkt des B.G.B. aus anzunehmen, dass eine nach Abschluss des bedingten Geschäfts eintretende Unmöglichkeit nur als eine nachfolgende gemäss §§ 275ff., 280, 323—325 B.G.B. behandelt werden kann[45]).

Ganz ohne Zweifel liegt aber dann — auch nach der übereinstimmenden Anschauung der Motive und Protokolle — eine nachträgliche Unmöglichkeit vor, wenn bei einem gemäss § 308 B.G.B. bedingten Vertrage die ursprünglich unmögliche während des Schwebens der Bedingung möglich gewordene

[45]) Zu derselben Entscheidung gelangen im Prinzip auch Kleineidam, S. 89 und Kisch, S. 30 — beide freilich aus verschiedenen Gründen. Vgl. auch Cosack, a. a. O. § 98 I S. 331.

Anders Schollmeyer, a. a. O. § 98, welcher sich jedoch — wie Kleineidam, l. c. Anm. 21 und Kisch, l. c. Anm. 7 Abs. 1 nachweisen — auf S. 169 selbst widerspricht.

Leistung zur Zeit des Eintritts der Bedingung wieder unmöglich ist[46]).

4. Endlich ist noch zu bemerken, dass man mit Rücksicht darauf, dass im Entwurf I § 238 Absatz 2[47]) ausdrücklich erwähnt war, der Gläubiger solle einen etwaigen Ersatz für die unmöglich gewordene Leistung auch dann beanspruchen können, wenn er unter einer Bedingung berechtigt sei, den § 281 B.G.B. auch für den Fall ursprünglicher Unmöglichkeiten der Leistung hat anwenden wollen[48]).

§ 281 B.G.B. besagt:

> „Erlangt der Schuldner infolge des Umstandes, welcher die Leistung unmöglich macht, für den geschuldeten Gegenstand einen Ersatz oder einen Ersatzanspruch, so kann der Gläubiger Herausgabe des als Ersatz Empfangenen oder Abtretung des Ersatzanspruchs verlangen.
>
> Hat der Gläubiger Anspruch auf Schadenersatz wegen Nichterfüllung, so mindert sich, wenn er von dem im Absatz 1 bestimmten Rechte Gebrauch macht, die ihm zu leistende Entschädigung um den Wert des erlangten Ersatzes oder Ersatzanspruchs."

Dieser Ersatz bezw. Ersatzanspruch steht dem Gläubiger aber nach der Ansicht fast aller Schriftsteller[49]) mit Ausnahme Cosacks[50]) nur bei **nachfolgender** Unmöglichkeit zu, was nicht allein aus der Wortfassung dieses Gesetzesparagraphen (. . . . „des Umstandes, welcher die Leistung unmöglich macht"),

[46]) Ebenso Schollmeyer, a a. O. zu § 308 unter 2 S. 159. Vgl. auch Staudinger, Kommentar Bd. II zu § 308 unter 2 S. 61.

[47]) § 238 Abs. 2 des Entwurfs I lautete: „Die Vorschrift des ersten Absatzes findet auch dann Anwendung, wenn das Schuldverhältnis von einer aufschiebenden Bedingung oder von einem die Entstehung der Forderung aufschiebenden Anfangstermin abhängig war, und die Leistung vor Eintritt der Bedingung oder des Termins unmöglich geworden ist."

[48]) Vgl. hierüber Cosack, a. a. O. S. 332, 2c und Kleineidam, a. a. O. S. 43.

[49]) z. B. Kleineidam, S. 43, 44.
Kisch, S. 29, 203.
Schollmeyer, a. a. O. S. 112 Anm. 2b.
Planck, § 281 Anm. 5.
Crome, a. a. O. S. 127 Anm. 47.
v. Staudinger, Kommentar Bd. II Anm. 1 zu § 281.

[50]) Cosack, a. a. O.

sondern auch aus seiner Stellung inmitten der nur von der nachfolgenden Unmöglichkeit handelnden §§ 275 ff. deutlich hervorgeht. (Vgl. auch v. Staudinger a. a. O.)

Die oben gedachte Vorschrift des Entwurfs I, welche dann übrigens bei der zweiten Lesung als selbstverständlich gestrichen wurde[51]), kommt demnach für unsere Betrachtungen überhaupt nicht weiter in Frage.

IV. Als eine weitere Ausnahme von dem Prinzip des § 306 hat man den Vertrag hingestellt, in welchem der Schuldner die Garantie dafür übernimmt, dass die in Wirklichkeit objektiv unmögliche Leistung möglich ist[52]).

Ein derartiges Garantieversprechen wird indessen durch die Bestimmung des § 306 überhaupt gar nicht berührt[53]), da ja gerade die Unmöglichkeit der Leistung die Voraussetzung der durch sie (— nämlich die Unmöglichkeit —) bedingten Garantie bildet[54]).

Es haftet daher der Promittent aus einem solchen Versprechen[55]), sofern er eine Garantie übernommen hat, nicht nur für das negative Interesse, sondern direkt auf das Erfüllungsinteresse[56]). Denn die Nichtigkeit des Vertrages ist nichts als die natürliche Konsequenz aus dem Wesen der Unmöglichkeit und kann durch Parteiabrede, durch welche jemand für die Möglichkeit des Unmöglichen Garantie übernimmt, ebenso wenig wie durch irgend ein Gesetz[57]) der Welt

---

[51]) Protokolle II, S. 216 ff. (S. 634).

[52]) Schollmeyer, a. a. O. S. 152 unter 4.

[53]) v. Staudinger, a. a. O. zu § 306 Anm. 4.

[54]) Vgl. Kleineidam, a. a. O. S. 45.

[55]) So haftet z. B. derjenige, welcher die Übertragung von Rechten zugesagt hat, nach § 437 B.G.B. als Verkäufer für den rechtlichen Bestand der Forderung oder des Rechts (siehe auch § 445 B.G.B.) und der Veräusserer eines Wertpapiers dafür, dass es nicht zwecks Kraftloserklärung aufgeboten ist. (Ebenso nach § 523 B.G.B. als Schenker.) Ferner haftet der Verkäufer einer Sache nach § 459 Abs. 2 dafür, dass dieselbe zur Zeit des Gefahrübergangs die zugesicherten Eigenschaften hat. (Siehe auch § 493). § 437 entspricht der l. 4 D. 18, 4. (Mit Unrecht erklären u. E. die Motive II, 177 die Veräusserung einer nicht existierenden Forderung für einen Fall des Unvermögens. Vgl. hierüber Schollmeyer, S. 153 unter c) und Krug, a. a. O. S. 34.)

[56]) Prot. I, 448—450; Crome, a. a. O. S. 159. Dieses Interesse geht stets auf Geld. (Vgl. § 251 B.G.B. und oben § 5 Anm. 30 Abs. 2.)

[57]) Vgl. Dernburg, Bürgerl. Recht Bd. II § 60 S. 129: „Dies kann kein Gesetz ändern“ und oben § 4 Anm. 10.

abgeändert werden. Auch richtet sich das Versprechen des Garantierenden garnicht auf die unmögliche Leistung[58]), sondern an Stelle derselben auf das in Geld umgesetzte Erfüllungsinteresse[59]).

Deshalb bildet eben dieses sogenannte Garantieversprechen auch keine Ausnahme[60]) von der allgemeinen Regel des § 306.

Vielmehr werden wir Dernburg beistimmen, welcher a. a. O. S. 130 über § 306 mit Recht sagt:

„Der Satz leidet zwar keine wahren Ausnahmen, dieselben wären undenkbar. Wohl aber bestehen Verfeinerungen und praktische Ausgleichungen."

§ 13. Die teilweise Unmöglichkeit.

Wie wir oben (§ 3 unter II) gesehen haben, kann nach Gemeinem Recht eine teilweise Unmöglichkeit der Leistung nur in Frage kommen, wenn es sich um eine an sich teilbare Leistung handelt. Darüber ist die Mehrzahl der Schriftsteller einig.

I. Anders liegt die Sache aber für unser bürgerliches Recht.

Während Cosack[1]) und Kisch[2]) auch für das Recht des B.G.B. den eben erwähnten Standpunkt des Gemeinen Rechts festhalten[3]), erklärt Kipp[4]) unter Hinweis auf die §§ 280, 283, 307, 320 Abs. 2, 323, 325, 326 B.G.B., dass das Gesetz den Ausdruck „teilweise leisten" auch in einem weiteren Sinne auffasst, „in welchem es nicht nur einen Bruchteil einer teil-

[58]) Vgl. Stammler, der Garantievertrag, im Archiv für die civil. Praxis, Bd. 69 S. 123 ff.

[59]) Planck, a. a. O. zu § 306 unter 2. Planck hebt an dieser Stelle auch hervor, dass das Garantieversprechen übrigens gar nicht ausdrücklich zu erfolgen braucht, sondern oft aus den Umständen des Falles zu entnehmen ist, was u. a. öfters auch durch das Gesetz selbst geschieht (vgl. oben Anm. 55).

[60]) Krug, a. a. O. S 47, 48 stellt auch die beiden Bestimmungen des § 437 und des § 459 B.G.B. über die Verpflichtung zur Gewährleistung als Ausnahmen (!) von dem Grundsatz des § 306 hin.

[1]) Cosack, a. a O. § 100.

[2]) Kisch, a. a. O. S. 165.

[3]) Ähnlich auch Crome, l. c. S. 36 unter 1 und S. 37 unter Ziff. 4.

[4]) Kipp, in der 8. Auflage von Windscheids Pandekten, Bd. II S. 17.

baren Leistung[5]), sondern auch die unvollständige Bewirkung einer unteilbaren Leistung (sowie die mangelhafte Leistung) bedeutet[6]).“ U. E. mit Recht. Denn der Gegensatz zwischen teilbaren und unteilbaren Forderungsrechten ist, wie Kipp a. a. O. unter Hinweis auf §§ 2058 und 2039 in Verbindung mit § 432 darthut, im B.G.B. überhaupt von geringerer Bedeutung als im Gemeinen Recht.

Noch weiter geht Schöller[7]), welcher meint, das Gesetz selbst gebe nicht den geringsten Anhaltspunkt für eine derartige Unterscheidung. „Es spricht von teilweiser Unmöglichkeit und teilweiser Nichtbewirkung der Leistung, ohne einen Unterschied zwischen teilbaren und unteilbaren Leistungen zu machen.“

Deshalb liegt nach Schöllers Ansicht, welcher wir durchaus beitreten, bei allen quantitativ oder qualitativ[8]) zusammengesetzten Leistungen eine teilweise Unmöglichkeit im Sinne des Gesetzes stets dann vor, wenn eine derartige Leistung in einzelnen Beziehungen[9]) nicht bewirkt werden kann. Denn

---

[5]) Das B.G.B. enthält keine besondere Vorschrift darüber, welche Leistungen als teilbar zu betrachten sind und welche nicht (siehe Motive, Bd. II S. 173). Crome, Bd. II S. 38 unter b).

§ 752 B.G B. enthält nur ungefähr einen Anhaltspunkt. Deshalb wird man den Begriff der Teilbarkeit nach der gemeinrechtlichen Doktrin zu bestimmen haben, in welcher diese Frage oft erörtert worden ist. (Vgl. z. B. Regelsberger, Pand. I § 51 VI, 2 und die bei Dernburg, das bürgerl. Recht, Bd. II § 47 in Anm. I angegebene Literatur).

Über den Begriff der Teilbarkeit im Gemeinen Recht vgl. oben § 3 unter II.

[6]) Ebenso Schöller, in Gruchots Beiträgen Bd. 45 S. 540 ff. Vgl. auch die Definition der teilweisen Unmöglichkeit von Schollmeyer, a. a. O. S. 108 unter 4a: „Teilweise Unmöglichkeit liegt vor, wenn entweder nicht das volle Quantum oder nicht die versprochene Qualität . . . . geleistet werden kann.“ Vgl. ferner Planck, Vorbem. zu §§ 275—290 und Titze, a. a. O. S. 49 N. 2.

[7]) Schöller, in Gruchots Beiträgen a. a. O. Vgl. insbesondere daselbst S. 540, wo Schöller mit Rücksicht auf die Bestimmungen des § 469 B.G.B. die oben erwähnte Ansicht, daß bei unteilbaren Leistungen die teilweise Unmöglichkeit der vollständigen gleich zu achten sei, sogar als „grundsätzlich irrtümlich und irreführend“ bezeichnet.

[8]) Auch in den Motiven (zu § 240 S. 41) finden wir dieselbe Anschauung vertreten, da sie von einer quantitativ oder qualitativ teilweisen Unmöglichkeit sprechen. Ebenso bei Schollmeyer a. a. O. (vgl. oben Anm. 6).

[9]) Eine solche teilweise Unmöglichkeit („Unmöglichkeit in einzelnen Beziehungen“) ist nach Schöller a. a. O. S. 543 immer dann vorhanden, wenn das, was geleistet worden ist bezw. noch geleistet werden kann, thatsächlich einen Bestandteil desjenigen zusammengesetzten Leistungsinhalts bildet, welcher dem Schuldner vertragsmäßig obliegt.

jede Leistung von zusammengesetztem Inhalte — gleichgiltig ob teilbar oder nicht — könne teilweise unterbleiben und teilweise unmöglich werden[10]).

Aber nicht nur dann, wenn eine zusammengesetzte Leistung nicht vollständig bewirkt werden kann, ist die Unmöglichkeit der Leistung eine teilweise, sondern auch dann, wenn den Inhalt des Vertrages mehrere verschiedenartige und selbständige Leistungen bilden, von denen die eine oder andere sich nicht ermöglichen lässt, während erst alle Leistungen zusammen die vollständige Vertragserfüllung darstellen[11]).

Eine teilweise Unmöglichkeit der Leistung kann endlich ausserdem (d. h. abgesehen von dem Fall der unvollständigen Bewirkung einer unteilbaren oder zusammengesetzten Leistung) auch dadurch begründet werden, dass der Schuldner nicht zur rechten Zeit[12]) (sogenannte zeitweilige Unmöglichkeit)[13]) oder nicht in der vertragsmässig vereinbarten Art zu leisten imstande ist.

II. Für die Behandlung der teilweisen Unmöglichkeit nach dem Grundsatz des § 306 B.G.B. ist der ganz allgemein gehaltene § 139 B.G.B.[14]) heranzuziehen:

> „Ist ein Teil eines Rechtsgeschäfts nichtig, so ist das ganze Rechtsgeschäft nichtig, wenn nicht anzunehmen ist, dass es auch ohne den nichtigen Teil vorgenommen sein würde."

1. Danach ist also der ganze Vertrag nichtig, wenn nicht anzunehmen ist, dass er auch ohne den unmöglichen Teil der Leistung, d. h. auch über den möglichen Teil allein abgeschlossen sein würde[15]).

Ist diese Annahme nach dem Parteiwillen gerechtfertigt, — was derjenige zu beweisen hat, welcher sich auf die teil-

[10]) Schöller, a. a. O. S. 539, S. 540.
[11]) Schöller, a. a. O. S. 545. Vgl. auch Crome, Bd. 2 S. 35 unter c) und S. 36 unter 3, besonders daselbst Anm. 34.
[12]) Vgl. Schöller, a. a. O. S. 546.
[13]) Kleineidam, S. 25 Anm. 12 und oben § 3 Anm. 28.
[14]) § 344 des Entwurfs I; vgl. Motive Bd. II S. 177, 178. — Ähnlich in der Fassung lautet übrigens § 155 B.G.B.
[15]) v. Staudinger, Bd. 2 S. 61 Ziff. 5.

weise Giltigkeit des Vertrages stützt —, dann ist der Vertrag nur insoweit ungiltig, als die Leistung unmöglich ist[16]) und bleibt in betreff des übrigen Teiles giltig[17]).

Ob das Rechtsgeschäft ganz oder nur teilweise nichtig ist, hängt also davon ab, welchen Wert für die Parteien der noch mögliche Teil der Leistung im Verhältnis zu der Gesamtleistung hat. (Vgl. Crome a. a. O. S. 35 unter c, S. 36; Matthiass, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechtes Bd. 1 § 73 S. 331, § 55 S. 234.)

Das B.G.B. steht damit also gerade auf dem umgekehrten Standpunkt wie das Gemeine Recht (siehe oben Teil II § 4 unter II).

Denn während nach diesem bei teilweiser Unmöglichkeit der Leistung der Vertrag regelmässig nur teilweise ungiltig ist, falls nicht der Vertragswille ersichtlich auf den noch möglichen Teil der Leistung überhaupt gar nicht gerichtet gewesen ist, wird nach § 139 B.G.B. regelmässig der ganze Vertrag nichtig, falls nicht anzunehmen ist, dass er auch über den möglichen Teil allein abgeschlossen worden wäre[18]).

Der praktische Unterschied liegt, wie Schollmeyer[19]) hier mit Recht betont, hauptsächlich in der verschiedenen Beweislast.

---

[16]) Planck zu § 306 unter 1.

[17]) Bei gegenseitigen Verträgen ist, wenn das Geschäft trotz Unmöglichkeit eines Teils der einen Leistung giltig bleibt, die Gegenleistung natürlich entsprechend herabzusetzen. (Schollmeyer zu § 307 S. 156.) Wer diese Herabsetzung verlangt, hat die teilweise Unmöglichkeit zu behaupten und zu beweisen. Einen Anhaltspunkt für die Berechnung der Minderung der Gegenleistung bietet der gleichliegende Fall des § 323 Abs. 1 B.G.B., da es für diese Berechnung an sich ja ganz gleichgiltig ist, ob die Unmöglichkeit eine ursprüngliche oder eine nachträgliche war. Kleineidam a. a. O. S. 131.

Wird der ganze Vertrag dagegen wegen derselben Unmöglichkeit nichtig, dann bewirkt die Nichtigkeit des einen Versprechens (infolge der gegenseitigen Abhängigkeit) zugleich auch die Nichtigkeit des anderen auf der Gegenseite. (Cosack, a. a. O. S. 337.) Denn § 306 B.G.B. bestimmt allgemein, dass der ganze **Vertrag** nichtig sein soll, was sich demnach sowohl auf die Leistung wie auf die Gegenleistung wird erstrecken müssen. Kleineidam, a. a. O.

Vgl. bezüglich derselben Frage bei nachfolgender Unmöglichkeit, insbesondere betreffs § 323 B.G.B. die ausführliche Abhandlung von Schöller, a. a. O. Bd. 44 S. 613 ff., Bd. 45 S. 521, S. 526 ff. und dazu Kisch in Iherings Jahrb. Bd. 44 S. 68 ff.

[18]) Vgl. bezüglich der nachfolgenden Unmöglichkeit den ähnlichen Gedanken in § 280 Abs. 2: „wenn die teilweise Erfüllung für ihn kein Interesse hat.“

[19]) Schollmeyer, a. a. O. S. 152 unter 2. Es wird also nach B.G.B. der

Wann nun völlige und wann teilweise Unmöglichkeit anzunehmen ist, ist lediglich Thatfrage; m. a. W. zur Beantwortung der kritischen Frage, ob das Geschäft auch um den noch übrigen Teil der Leistung allein geschlossen sein würde, also zur richtigen Ermittelung des Parteiwillens sind, wo die Vertragsintentionen hierfür nichts ergeben, die bereits oben § 4 a. E. von uns angegebenen Anhaltspunkte zu berücksichtigen und zu benutzen.

2. Nicht ganz dasselbe gilt für das alternative Schuldverhältnis, sofern die eine der Leistungen von Anfang an unmöglich ist.

Das Gesetz sagt (§ 265 Satz 1 B.G.B.)[20]:

> „Ist eine der Leistungen von Anfang an unmöglich . . . . . ., so beschränkt sich das Schuldverhältnis auf die übrigen Leistungen.“

Nach dieser Bestimmung konzentriert[21] sich also das Schuldverhältnis bei mehreren Leistungen auf die noch möglichen Leistungen[22], bei zweien wird es ein einfaches Schuldverhältnis, da alsdann von Anfang an eine Wahl eben nicht möglich ist.

Hier liegt eine teilweise Unmöglichkeit überhaupt nur mit Rücksicht auf den ganzen Umfang des Schuldverhältnisses vor und zwar insofern, als die alternativ geteilte Leistungspflicht des Schuldners nach einer der Richtungen hin sich nicht verwirklichen lässt.

Während also nach § 306 in Verbindung mit § 139 bei Unmöglichkeit der einen von mehreren Leistungen der Vertrag zum mindesten teilweise nichtig sein müsste, bestimmt

Gläubiger zu beweisen haben, dass die Parteien auch in tantum kontrahiert hätten, und nach gemeinem Recht der Schuldner, dass der Vertragswille auf den noch möglichen Teil der Leistung gar nicht gerichtet gewesen ist. (Vgl. bezüglich der Regelung der Beweislast zu § 280 Abs. 1 bei teilweiser nachträglicher Unmöglichkeit Protokolle II 640 u. 641.)

[20]) Über § 265 Satz 2 vgl. unten Anm. 30 Abs. 2.

[21]) Anderer Ansicht Schollmeyer, welcher a. a. O. zu § 265 unter 2 (S. 68) der Meinung ist, dass eine Konzentration nur im Falle nachfolgender Unmöglichkeit eintritt, da bei ursprünglicher Unmöglichkeit von vornherein nur die möglichen Leistungen in obligatione waren.

[22]) Ebenso Planck zu § 265 unter 1 (S. 37); v. Staudinger, a. a. O. zu § 265 I 2 Abs. 1; Matthiass, I S. 355 unter D. 1; Crome, a. a. O. S. 96 unter 5a.

das B.G.B. nach dem Vorbild des Gemeinen Rechts[23]) und des A.L.R.[24]) im Gegensatz zu der Vorschrift des § 139, dass der Vertrag voll wirksam bleibt, indem er sich auf die noch möglichen Leistungen konzentriert.[25])

Diese Wirkung ist u. E. auch eine ganz natürliche. Denn da von den Parteien gleich von vornherein mehrere Leistungen zur wahlweisen Bewirkung ins Auge gefasst worden sind, so ist der Parteiwille hierdurch schon zur Genüge erkenntlich[26]) und es daher hier nicht mehr wie im Falle des § 139 erforderlich, bei Wegfall eines Teils bezüglich der noch übrigen Leistungen zu erweisen, dass die Parteien auch in tantum kontrahiert haben.[27])

Es ist also der im Allgemeinen im Falle teilweiser Unmöglichkeit der Leistung zu erbringende Beweis[28]), dass die Parteien auch um das noch mögliche Stück der Leistung allein kontrahiert haben würden, hier überflüssig, da ein derartiger Parteiwille[29]) sich aus der ganzen Natur des Wahlschuldverhältnisses, wie eben bemerkt, schon von selbst ergiebt[30]).

---

[23]) Vgl. l. 128 D. 45,1 und l. 72 § 4 D. 46,3.

[24]) Vgl. A. L. R. I, 5 § 567.

Übrigens ist nach der herrschenden Auffassung des Landrechts die Möglichkeit der Wahl ein so wesentliches Moment der Alternativobligation, dass der Schuldner nicht verpflichtet ist, das durch ursprüngliche Unmöglichkeit konzentrierte Schuldverhältnis sich gefallen zu lassen, weshalb ihm ein Rücktrittsrecht gegeben wird. (Vgl. A. L. R. I, 11 § 33.)

Vgl. Dernburg, preuss. Privatrecht Bd. II § 29 Anm. 22.

[25]) Diese Vorschrift hat aber, — wie sowohl von Planck zu § 265 unter 1, wie Örtmann zu § 265 unter 7, v. Staudinger zu § 265 unter VII, Matthiass, Bd. I S. 336 und Kleineidam, S. 27 besonders betont wird —, natürlich nur den Charakter einer Dispositivregel und kann durch Parteivereinbarung auch abgeändert werden. Vgl. Motive Bd. II S. 9.

[26]) Ebenso Schollmeyer, a. a. O.

[27]) Motive Bd. II S. 177. Vielmehr wird nach den Protokollen von selbst angenommen, dass dies im Zweifel dem Parteiwillen entspreche. (Prot. II S. 566 ff.)

[28]) Dieser Beweis ist derselbe wie in dem ähnlich gefassten § 2298 Abs. 3 B.G.B. (Vgl. dagegen die umgekehrte Beweislast in § 2058 B.G.B.)

[29]) Ob freilich den Parteien ein so wider Erwarten beschränktes Schuldverhältnis genehm sein wird, ist eine ganz andere Frage. Indessen muss die Regelung nach dem allgemeinen Grundsatz, dass der Schuldner durch Unmöglichkeit der Leistung von seiner Verpflichtung befreit wird, in dieser Weise erfolgen.

[30]) Ebenso Kleineidam, a. a. O. S. 27, welcher auch die Ansicht vertritt, dass § 265 eine Ausnahme von der Regel des § 139 B.G.B. bildet.

Ob und wann der Schuldner dem wahlberechtigten Gläubiger bezw. dieser dem wahlberechtigten Schuldner infolge der Unmöglichkeit schadensersatzpflichtig wird, ergiebt sich aus dem weiter unten (im nächsten Paragraphen) zu behandelnden Grundsatz des § 307 B. G. B.

3. Einen eigenartigen Fall von teilweiser Unmöglichkeit bildet ein Zusammentreffen der beiden aus den eben erörterten Paragraphen (§ 139 und § 265) sich ergebenden Möglichkeiten, nämlich wenn die eine der wahlweise geschuldeten Leistungen selbst zum Teil unmöglich ist.

Die Entscheidung dieses Falles ergiebt sich allein aus der Vorschrift des § 139 B. G. B.[31]).

Geht nämlich aus den Parteiintentionen hervor — wobei man natürlich zunächst das von der Unmöglichkeit betroffene Stück der einen Leistung für sich allein betrachten muss —, dass nach der Absicht des Vertrages auch der noch zu ermöglichende Teil dieser einen Leistung als hinreichende Erfüllung gelten würde, was im Einzelnen lediglich Thatfrage ist, so bleibt das ganze alternative Schuldverhältnis durch diese unwesentliche Unmöglichkeit unberührt. Trifft jene Annahme jedoch **nicht** zu, d. h. erscheint der Restteil der einen Leistung so minderwertig, dass um seinetwillen die ganze Leistung in das alternative Schuldverhältnis ersichtlich nicht aufgenommen worden wäre, dann liegt hier bezüglich dieser einen Leistung wiederum ein Fall von völliger Unmöglichkeit vor.

Die ganze Leistung fällt dann aus dem Rahmen des alternativen Schuldverhältnisses infolge dieser Unmöglichkeit heraus, und es erfolgt gemäss § 265 B. G. B. die gewöhnliche Konzentration auf die übrigen Leistungen.

Zu beachten ist übrigens bei der Konzentration infolge nachträglich eintretender Unmöglichkeit die Neuerung des B.G.B., dass dem Schuldner jetzt nicht mehr die facultas alternativa zusteht, sich durch Ersatz des Wertes der unmöglichen Leistung zu befreien. — Ferner erfolgt diese nachträglich eintretende Konzentration gemäss Satz 2 des § 265 B.G.B. dann **nicht**, wenn die Leistung infolge eines Umstandes unmöglich wird, den der nicht wahlberechtigte Teil zu vertreten hat. Über die sich alsdann ergebenden Folgen vgl. Matthiass, I S. 335, 336 und v. Staudinger, zu § 265 S. 25 unter II.

[31]) Ebenso Schollmeyer, zu § 265 S. 69.

Auch Kleineidam, l. c. giebt dieses im Grunde zu, wiewohl er im Einzelnen die Ausführungen Schollmeyers bemängelt.

§ 14. Der Anspruch auf Schadensersatz.

Die Nichtigkeit des auf Unmögliches gerichteten Vertrages muss bei konsequenter Auffassung zur Folge haben, dass an die Stelle des Anspruchs auf die Vertragsleistung auch kein Anspruch auf ein etwaiges Erfüllungsinteresse[1]) oder auf Schadenersatz wegen Nichterfüllung[2]) treten kann.

„Dagegen", so heisst es in den Motiven[3]), „gewährt das B. G. B. dann, wenn der Vertrag wegen der Unmöglichkeit der versprochenen Leistung nichtig ist, in Übereinstimmung mit einem heutzutage nahezu allgemein anerkannten unabweisbaren Verkehrsbedürfnisse wie mit der Praxis und der Gesetzgebung[4]) den Anspruch auf das sogen. negative Vertragsinteresse."

Hierüber bestimmt § 307 B.G.B. Folgendes:

I. Bei völliger Unmöglichkeit der Leistung, § 307 Abs. 1:

> „Wer bei der Schliessung eines Vertrags, der auf eine unmögliche Leistung gerichtet ist, die Unmöglichkeit der Leistung kennt oder kennen muss, ist zum Ersatze des Schadens verpflichtet, den der andere Teil dadurch erleidet, dass er auf die Giltigkeit des Vertrags vertraut, jedoch nicht über den Betrag des Interesses hinaus, welches der andere Teil an der Giltigkeit des Vertrags hat. Die Ersatzpflicht tritt nicht ein, wenn der andere Teil die Unmöglichkeit kennt oder kennen muss."

a) Nach dem Gesetz ist also Voraussetzung des Anspruchs auf das Interesse, dass der Vertrag auf eine objektiv unmögliche Leistung gerichtet ist und der in Anspruch Genommene die Unmöglichkeit gekannt oder fahrlässigerweise nicht ge-

[1]) Vgl. oben § 5 den Text zu Anm. 21.

[2]) So Planck, Bd. II S. 80 zu § 307 unter 1. Vgl. dagegen oben § 4 den Text zu Anm. 11 und § 5 den Text zu Anm. 23. Vgl. ferner Matthiass, I § 55 S. 230 unter A.

[3]) Motive Bd. II S. 178, 179.

[4]) Das entspricht der herrschenden Lehre des Gemeinen Rechts (s. oben § 5 unter IV) und dem A. L. R. I, 5 § 51.

kannt hat[5]), während sie dem anderen Teil unbekannt war[6]). Das „Kennenmüssen" wird also dem „Kennen" völlig gleich gestellt. (v. Staudinger zu § 307 unter 4.)

b) Was den Grad der hierbei zu vertretenden Fahrlässigkeit anlangt, so war die Frage, unter welchen Voraussetzungen der Schuldner zur Entschädigung verpflichtet ist, wie wir bereits oben gesehen haben (vgl. oben § 5 unter II) gemeinrechtlich sehr kontrovers.

Denn während früher die herrschende Meinung nur bei dolus und culpa lata des Versprechenden dem Gläubiger einen Ersatzanspruch gab, wird ihm seit Iherings Ausführungen über die sog. *culpa in contrahendo* ein Anspruch auf Ersatz des sog. negativen Vertragsinteresses[7]) schon dann zugestanden[8]), wenn der Schuldner bei Abschluss des Vertrages „die im Verkehr erforderliche Sorgfalt" ausser Acht gelassen hat (sog. culpa in contrahendo, vgl. oben § 5 Anm. 13 und 14).

Dieser modernen Rechtsentwicklung folgend erkennt auch das B.G.B. schon bei fahrlässiger Vernachlässigung jener Sorgfalt seitens eines Teils den Anspruch des andern die Unmöglichkeit nicht kennenden Teils auf das negative Interesse, d. h. Ersatz des Schadens, welchen er durch sein Vertrauen auf die Giltigkeit des Vertrages erleidet[9]), an.

[5]) Letzteres ist die Bedeutung des Ausdrucks „kennen muss". Vgl. hierüber B.G.B. § 122 Abs. 2, dessen Bestimmungen die des § 307 in der Wortfassung nachgebildet sind; Windscheid, Pand. II § 315 N. 7, § 307 N. 5; vgl. ferner oben § 5 Anm. 1 dieser Abhandlung und Heilfron, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts II § 81 S. 128. An dieser Stelle heisst es z. B.: „Die vom Schuldner regelmässig zu vertretende Fahrlässigkeit jeden Grades kann insbesondere auch in einem auf Fahrlässigkeit beruhenden Nichtwissen oder Nichtkennen eines Umstandes bestehen. In solchen Fällen spricht das B.G.B. meist von Kennen und Kennenmüssen. (§§ 142, 173, 179 Abs. 3, 254 Abs. 2, **307**, 405, 674, 694, 764, 824, 1346, 1424.)"

[6]) Matthiass, I S. 331 unter C1; v. Staudinger, zu § 307 unter 1; Crome, II S. 160 Text zu Anm. 15. Vgl. auch Motive II S. 179; Prot. I S. 452.

[7]) Über das negative Vertragsinteresse vgl. § 122 B.G.B. und Crome, a. a. O. § 151 S. 72 unter a.

[8]) Vgl. v. Ihering in seinen Jahrbüchern Bd. IV S. 16, S. 39ff.; Mommsen, Beiträge I S. 109; Windscheid, Pand. II § 315 Anm. 5; Dernburg, Pand. II § 16 S. 47 Anm. 13; Bernhöft in Iherings Jahrb. Bd. 14 S. 143.

Anders v. Savigny, Oblig. R. Bd. II S. 290, welcher dem Gläubiger unbedingt einen Entschädigungsanspruch zugesteht.

[9]) Crome, II S. 160 Abs. 1; v. Staudinger, zu § 307 Anm. 2.

Andererseits bleibt das B.G.B. durch das Erfordernis einer Schuld auf seiten des Haftenden mit den allgemeinen Grundsätzen, wonach nur bei Verschulden[10]) eine Schadensersatzpflicht eintritt, im Einklange[11]). Das B.G.B. hat also einen Mittelweg[12]) eingeschlagen, indem es weder der Theorie, wonach die Haftung ohne jedes Verschulden lediglich aus einer stillschweigend übernommenen oder gesetzlich auferlegten Garantie entspringen soll, noch der auf der Annahme einer Art deliktischer Verpflichtung beruhenden Ansicht folgt, dass nur für dolus oder culpa lata zu haften sei.

c) Zu beachten ist hierbei noch besonders, wie Planck[13]) hervorhebt, dass diese Verpflichtung zum Schadensersatz nicht nur den Schuldner trifft, sondern auch den anderen Teil[14]), „wenn dieser sich gegen die unmögliche Leistung zu einer möglichen Gegenleistung verpflichtet und der Versprechende dadurch, dass er auf die Giltigkeit des Vertrages vertraute, einen Schaden erlitten hat“[15]).

Es haften hier also **beide** Teile wegen Culpa in contrahendo[16]), womit durchaus nicht gesagt ist, dass von demjenigen, welcher die unmögliche Leistung verspricht, nur dasselbe Mass von Sorgfalt verlangt wird wie von dem Versprechensempfänger.

---

[10]) Über den Begriff des Verschuldens im B.G.B. vgl. die zutreffenden Ausführungen von Treitel in seiner Dissertation „Die Unmöglichkeit der Leistung und der Verzug bei Unterlassungsverbindlichkeiten“, Berlin 1902, § 12 S. 53 ff.

[11]) Vgl. Motive Bd. II S. 179 zu § 345 des Entwurfs. Übrigens stellt bezüglich der Fahrlässigkeit auch das B.G.B. einen absoluten Massstab auf, indem es allgemein nach § 276 Abs. 1 die Anwendung der Sorgfalt eines ordentlichen Hausvaters verlangt (s. oben § 5 unter II a. E., insbesondere daselbst Anm. 16).

[12]) Motive Bd. II a. a. O; Kleineidam, a. a. O. S. 37.

[13]) Planck, zu § 307 unter 1 (S. 80). Ebenso v. Staudinger, a. a. O. Anm. 3 und Matthiass, a. a. O. S. 331.

[14]) Denn das Gesetz sagt ganz allgemein: „**Wer** ... kennt oder kennen muss, ist zum Ersatz des Schadens verpflichtet, den der andere Teil .... erleidet ...“

[15]) Vgl. auch Schollmeyer, Kommentar zum B.G.B. Bd. II S. 153, 154. Ein hübsches Beispiel bringt Endemann, Einführung in das Studium des B.G.B. Bd. I § 127 Anm. 10: „Wer in Unkenntnis davon, dass die Wertpapiere bereits ausgelost waren, diese von einem andern ankauft, der seinerseits als Bankier die Auslosung kennen musste, kann das negative Vertragsinteresse geltend machen, wenn der Vertrag als nichtig aufgehoben wird.“

[16]) Anders in § 122 (s. auch § 254, § 275 u. § 826 B.G.B). Nach § 122 haftet nur „der Erklärende“, auch ohne jede Fahrlässigkeit, während der andere Teil überhaupt nicht haftet.

Vielmehr muss jeder nach seinen eigenen Verhältnissen[17]) beurteilt werden. (Matthiass Bd. 1 S. 331 Anm. 1.)

d) Inhaltlich ist ferner dieser Anspruch nach oben dahin beschränkt, dass er nicht über den Betrag des positiven Interesses hinausgehen soll, welches der Gläubiger an der Giltigkeit des Vertrages hat[18]) (Matthiass a. a. O. S. 331).

e) Diese Haftung aus § 307 B.G.B. tritt aber dann nicht ein, wenn auch der Kontrahent, der den Anspruch auf das negative Vertragsinteresse geltend macht, die Unmöglichkeit kannte oder fahrlässigerweise nicht kannte[19]), d. h. also, wenn **beide** Teile sich in Kenntnis oder fahrlässiger Unkenntnis über das Vorhandensein der Unmöglichkeit befanden. Denn in diesem Falle hebt das wechselseitige Verschulden nach den uns schon bekannten Grundsätzen der Culpakompensation[20]) (vgl. oben Teil I § 5 IV 2 zu Anm. 29) den gegenseitigen Ersatzanspruch auf.

f) Die Beweislast für die Voraussetzungen dieses Schadensersatzes hat derjenige, welcher den Anspruch aus § 307 geltend macht, wobei dem Belangten dann der Gegenbeweis des konkurrierenden Verschuldens des Klägers seinerseits wieder offen steht[21]).

g) Endlich ist noch zu erwähnen, dass der Anspruch aus § 307 der gewöhnlichen Verjährung aus § 195 B.G.B.

---

[17]) Planck, a. a. O. und das von Schollmeyer, a. a. O. S. 154 unter 2 angeführte zutreffende Beispiel. A. A. Oertmann, zu § 307 Anm. 4, welcher ein äquivalentes Verschulden fordert.

[18]) Über diese Begrenzung des negativen Interesses durch den Umfang des positiven vgl. Oertmann, a. a. O. Bem. zu § 122 und Schöller Bd. 45 S. 515. Die Grenze bildet also der Betrag, den der andere Teil bei Voraussetzung der Giltigkeit des Vertrages wegen Nichterfüllung desselben hätte verlangen können.

[19]) v. Staudinger, zu § 307 Anm. 4.

[20]) Vgl. § 254 Abs. 1 B.G.B., welcher auf einem ähnlichen Gedanken beruht.

Das Preuss. A. L. R. I, 6 §§ 18ff. steht bezüglich des Prinzips der Culpakompensation auf dem Standpunkt der gemeinrechtlichen Lehre, macht aber besondere Unterscheidungen für den Grad des beiderseitigen Verschuldens.

[21]) v. Staudinger, zu § 307 Anm. 8; Crome, II S. 160 Anm. 18; Planck, a. a. O. zu § 307 unter 2 S. 80, 81; Oertmann, Kommentar zu § 307 unter 8 S. 59; Schollmeyer, zu § 307 unter 6 S. 157. Vgl. auch oben § 5 a. E. (S. 35 oben) und Prot. I, 451.

unterliegt und nicht als Anspruch aus einer unerlaubten Handlung zu betrachten ist[22]).

Doch kann natürlich bei vorsätzlicher Täuschung **daneben** die Betrugsklage[23]) aus § 823 gegeben sein, welche gemäss § 852 B.G.B in drei Jahren verjährt[24]), andererseits auch ein Schadensersatzanspruch aus § 826 B.G.B. mit dem Anspruch aus § 307 konkurrieren.

II. Bei teilweiser Unmöglichkeit der Leistung.

Wie in § 13 oben dargelegt, ist auch bei teilweiser Unmöglichkeit der Leistung nach § 139 der ganze Vertrag nichtig, wenn nicht anzunehmen ist, dass er auch über den möglich gebliebenen Teil allein geschlossen wäre.

Für diesen letzteren Fall[25]) bestimmt § 307 Abs. 2:

> „Diese Vorschriften finden entsprechende Anwendung, wenn die Leistung nur teilweise unmöglich und der Vertrag in Ansehung des möglichen Teiles giltig ist oder wenn eine von mehreren wahlweise versprochenen Leistungen unmöglich ist."

a) Wer bei teilweiser Unmöglichkeit der Leistung bei dem an sich giltigen Teile des Rechtsgeschäfts stehen bleiben will, hat, wie wir gesehen, zu beweisen, dass das Rechtsgeschäft auch ohne den nichtigen Teil vorgenommen sein würde.

Nur für den Fall also, dass dieser Beweis gelingt und der Vertrag in Ansehung des möglichen Teiles giltig ist, kommen die in Absatz 1 dieses Paragraphen gegebenen, von uns unter I (a—g) eben erörterten Vorschriften zur entsprechenden Anwendung.

---

[22]) Planck, a. a. O. S. 81 unter 4; v. Staudinger, a. a. O. Anm. 7; Oertmann, a. a. O. Anm. 7c. Ebenso Kleineidam, S. 47.

Anderer Ansicht Schollmeyer, welcher zwar auch auf dem Standpunkt steht, dass die Haftung für culpa in contrahendo keine deliktische ist, aber die kürzeren Verjährungsfristen aus §§ 196 ff. B.G.B. für anwendbar erachtet, da er annimmt, dass die Verpflichtung zum Ersatz des negativen Vertragsinteresses in derselben Frist verjährt, „in welcher die Klage aus dem abgeschlossenen, wenn auch nichtigen Vertrag verjährt". (Schollmeyer, a. a. O. S. 155 zu § 307 unter 3 Abs. 2.) Doch ist diese Ansicht durch Kleineidam, S. 42 bereits widerlegt worden.

[23]) Crome, a. a. O. S. 72 § 151 Anm. 25 und S. 160 Anm. 16.

[24]) Kuhlenbeck, Das B.G.B. zu § 307.

[25]) Für den Fall der Nichtigkeit des ganzen Vertrages ist natürlich § 307 Abs. 1 anzuwenden. Schollmeyer, zu § 307 unter 4 S. 155; v. Staudinger, II zu § 307 unter 5.

Demnach sind hier zwei Möglichkeiten streng von einander zu scheiden:

1. Das teilweise unmögliche Geschäft wird nach § 139 ganz nichtig:

Dann erstreckt sich der Schadensersatzanspruch auf das negative Interesse der Partei an dem ganzen Vertrage (s. Anm. 25).

2. Das teilweise unmögliche Geschäft bleibt giltig:

Dann umfasst der Anspruch nur das negative Interesse der Partei an dem unmöglich gewordenen Teil der Leistung[26]).

b) Dieselben Vorschriften von § 307 Absatz 1 greifen ferner Platz, wenn gemäss § 265 eine von mehreren wahlweise geschuldeten Leistungen von Anfang an unmöglich ist.

1. Steht also vertragsmässig dem **Gläubiger** das Wahlrecht zu und hat der Schuldner die Unmöglichkeit gekannt (bezw. fahrlässigerweise nicht gekannt), dann haftet der Schuldner auf das negative Interesse[27]).

2. Steht dagegen — wie in § 262 B.G.B. „im Zweifel" als Regel angenommen — dem **Schuldner** das Wahlrecht zu und hat der Gläubiger die Unmöglichkeit gekannt (bezw. fahrlässigerweise nicht gekannt), dann haftet umgekehrt der Gläubiger dem Schuldner für das gleiche Interesse[28]).

[26]) v. Staudinger, II zu § 307 Ziffer 5; Crome, II S. 160 Abs. 1; Dernburg, Das Bürgerliche Recht § 61 unter 4 u. 5 (S. 131).

[27]) d. h. in diesem Falle auf Ersatz des Schadens, den der Gläubiger durch das Vertrauen, auf den Erwerb des Rechts zwischen mehreren Leistungen wählen zu dürfen, erlitten hat. Kipp, a. a. O. S. 32 unter 7c. Vgl. jedoch Crome, II S. 96 Anm. 52.

[28]) Die verschiedenartigen hier möglichen Kombinationen sind von Schollmeyer in seinem Kommentar S. 70, 156, 157 erschöpfend behandelt worden.

III. Abschnitt.

Der Einfluss der Unmöglichkeit bei einseitigen Schuldverhältnissen.

§ 15. Schuldverhältnisse aus Vermächtnissen.

Wir schreiten nunmehr zu einer Darstellung des Einflusses der Unmöglichkeit bei einseitigen Schuldverhältnissen und wollen zunächst die hierfür hauptsächlich in Frage kommenden, im B.G.B. besonders eingehend geregelten Schuldverhältnisse[1]) aus Vermächtnissen einer näheren Betrachtung unterziehen. Wir werden dabei, wie bisher, den Fall völliger Unmöglichkeit von dem Falle teilweiser Unmöglichkeit getrennt behandeln.

I. Die völlige Unmöglichkeit der Vermächtnisleistung.

A. Dem für Verträge aufgestellten Grundsatz des § 306 entspricht fast wörtlich nach jeder Richtung[2]) der § 2171 B.G.B., welcher auch mit den §§ 308 und 309 in Verbindung zu bringen ist. (v. Staudinger II S. 62, zu § 308 Ziff. 3, zu § 309 Ziff. 4).

1. § 2171 Satz 1 lautet:

> „Ein Vermächtnis, das auf eine zur Zeit des Erbfalls unmögliche Leistung gerichtet ist oder gegen ein zu dieser Zeit bestehendes gesetzliches Verbot verstösst, ist unwirksam."

a) Gemeint ist auch hier (ebenso wie in § 306) nur die objektive[3]) und anfängliche[4]) Unmöglichkeit. (v. Staudinger V S. 403 unter II A.)

---

[1]) Dass das Vermächtnis als ein ganz gewöhnliches Schuldverhältnis zu betrachten ist, ergiebt unzweideutig ein Vergleich von § 2174 mit § 241 B.G.B.

[2]) Vgl. Motive Bd. V S. 154, welche den im Entwurf I entsprechenden § 1853 stets in eine Parallele mit dem dortigen § 344 (unserem § 306 korrespondierend) stellen.

[3]) Die Fälle subjektiven Unvermögens des Beschwerten sind in den §§ 2169 und 2170 B.G.B. geordnet.

[4]) Die Wirkungen einer nach dem Erbfall eintretenden Unmöglichkeit der Leistung sind nach den für **alle** Schuldverhältnisse massgebenden Vorschriften der §§ 275 ff. B.G.B. zu beurteilen. v. Staudinger V. S. 404 unter III.

Dabei wird aber zur Entscheidung der Frage, zu welcher Zeit die Unmöglichkeit vorliegen muss, wenn sie die Unwirksamkeit des Vermächtnisses begründen soll, ein anderer zeitlicher Massstab wie im römischen und gemeinen Recht zu Grunde gelegt.

Das B.G.B. hat nämlich den bedenklichen Standpunkt der sog. regula Catoniana[5]) nicht angenommen[6]), sondern in § 1922 als Zeitpunkt der Begründung der Schuldverhältnisse aus Vermächtnissen (§ 2174) die „Zeit des Erbfalls" festgesetzt[7]).

§ 2171 besagt danach also, dass das Vermächtnis, welches auf eine zu dieser Zeit unmögliche Leistung gerichtet ist oder gegen ein zu dieser Zeit bestehendes gesetzliches Verbot[8]) verstösst, keine Wirkung äussern soll. (v. Staudinger V S. 403 unter I 1,2).

b) Hervorzuheben ist hier als eine besondere Eigentümlichkeit der Vermächtnisse, dass bei ihnen, — da sie rein einseitig liberale Zuwendungen des Testators darstellen —, für die Beurteilung der Frage, ob die auferlegte Leistung im Sinne der Vermächtnisverpflichtung möglich oder unmöglich ist, in erster Linie der wahre oder vermutliche **Wille**[9]) **des Erblassers** in Betracht zu ziehen ist.

---

[5]) Siehe oben Teil II § 6 Anm. 7.

[6]) Vgl. Motive V S. 154; Protokolle II S. 6901.

[7]) Entwicklungsgeschichtlich interessant ist hierbei die Thatsache, dass der ursprüngliche Erbrechtsentwurf des Redaktors Schmidt in Übereinstimmung mit dem römischen Recht noch den Moment der Vermächtnisanordnung als entscheidenden Zeitpunkt hingestellt hatte. Vgl. § 96 dieses Entwurfs.

Die stichhaltigen Gründe Mommsens (a. a. O. S. 111 Anm. 16), dass „der Wille des Testators, wenn er gleich faktisch schon zur Zeit der Testamentserrichtung ausgesprochen ist, doch rechtlich nur insofern in Betracht kommt, als er noch zur Zeit des Todes des Testators unverändert fortbesteht", als richtig anerkennend, hat dann der Redaktor schon bei der zweiten Abfassung seines Entwurfs (vgl. die Begründung S. 247) den Tod des Erblassers als entscheidenden Zeitpunkt angenommen.

So Kleineidam, a. a. O. S. 55, 57.

[8]) Wie in § 309 B.G.B. sind also auch hier wieder die gegen ein gesetzliches Verbot verstossenden Leistungen den objektiv unmöglichen gleichgestellt (oben § 11 unter 1).

[9]) Vgl. oben Teil II § 6 unter I.

Kleineidam, S. 50 Anm. 6 betont die Bedeutung dieses Umstandes auch für das B.G.B. mit dem zutreffenden Hinweis auf die Gegenüberstellung von § 2078 und § 119 B.G.B.

Alle übrigen Rücksichten, welche sonst bei anderen Schuldverhältnissen zur Auslegung des Parteiwillens und namentlich auch zur Beurteilung der vom Schuldner zur Erreichung des „Solls“ der Obligation zu verlangenden Kraftanstrengung in Erwägung kommen, müssen hier vor dem alleinigen Willen[10]) desjenigen verschwinden, welcher die durch das Vermächtnis auferlegte Schuldverbindlichkeit für den Beschwerten begründet.

2. In § 2171 B.G.B. heisst es dann weiter in Satz 2: „Die Vorschriften des § 308 finden entsprechende Anwendung.“

Im Gegensatz zu Satz 1 desselben Paragraphen steht danach also der Wirksamkeit des Vermächtnisses die Unmöglichkeit der Leistung dann nicht entgegen[11]), wenn

a) die Leistung zwar zur Zeit des Erbfalls unmöglich ist, die Unmöglichkeit aber gehoben werden kann und das Vermächtnis unter der Bedingung dieses Wegfalls der Unmöglichkeit angeordnet ist,

b) die zur Zeit des Erbfalls noch unmögliche Vermächtnisleistung unter einer anderen aufschiebenden Bedingung oder unter Bestimmung eines Anfangstermins auferlegt ist, sofern die Unmöglichkeit[12]) (zu irgend einem Zeitpunkt)[13]) vor dem Eintritt der Bedingung oder des Termins[14]) gehoben wird[15]).

---

[10]) Als vom Gesetz selbst gegebene Hilfsmittel zur richtigen Auslegung dieses Willens des Testators sind die §§ 2172, 2173 und 2175 B.G.B. an dieser Stelle zu erwähnen. Vgl. über dieselben den nächsten Abschnitt B.

[11]) natürlich vorbehaltlich der zeitlichen Begrenzung durch die §§ 2162, 2163, v. Staudinger, V S. 403.

[12]) oder das zur Zeit des Erbfalls bestehende gesetzliche Verbot. (Vgl. Planck, zu § 2171 unter 1, Bd. V. S. 349.)

[13]) Derselbe Zeitpunkt der Erfüllungsmöglichkeit bis zum Eintritt der Bedingung oder des Termins gilt natürlich auch entsprechend für den Fall des § 2172 Abs. 1 (s. den nächsten Abschnitt B.) als massgebend, so dass die Verbindung, Vermischung oder Vermengung bezw. Verarbeitung oder Umbildung an der vermachten Sache „zur Zeit des Erbfalls“ oder zu der späteren in § 308 angegebenen Zeit, spätestens also mit Eintritt der Bedingung oder des Termins vor sich gegangen sein muss. v. Staudinger V. S. 404 unter B 2 Abs. 2. Dasselbe gilt für den Fall des § 2196 Abs. 3. v. Staudinger, V. S. 404 C. 2.

[14]) Spätestens also mit dem Anfall des Vermächtnisses (cfr. § 2177 B.G.B: „Ist das Vermächtnis unter einer aufschiebenden Bedingung oder unter Bestimmung eines Anfangstermins angeordnet und tritt die Bedingung oder der Termin erst nach dem Erbfall ein, so erfolgt der Anfall des Vermächtnisses mit dem Eintritte der Bedingung oder des Termins“). Vgl. auch § 2178 B.G.B.

[15]) Ebenso v. Staudinger, a. a. O.

3. Wird dagegen umgekehrt die Vermächtnisleistung in der Zeit zwischen dem Erbfall und dem Anfall, also **nach** dem Erbfall unmöglich (§§ 2177, 2178), dann ist diese Unmöglichkeit trotzdem gemäss § 2179 B.G.B.[16]) als ursprüngliche und **nicht** als nachfolgende Unmöglichkeit zu behandeln. Denn diese hat immer eine bereits bestehende Schuldverbindlichkeit zur notwendigen Voraussetzung, während eine solche beim Vermächtnis eben gerade mit dem Anfall erst zur Entstehung kommt.

Demnach werden mit Recht in diesem Falle von Unmöglichkeit nicht die §§ 275 ff., sondern § 2171 B.G.B. zur Anwendung gebracht[17]), wobei im Allgemeinen der **Beschwerte** zu beweisen hat, dass die vermachte Leistung unmöglich ist bezw. gegen ein gesetzliches Verbot verstösst. Wird dieser dagegen aus § 2179 in Verbindung mit 160 und 163 B.G.B. schadensersatzpflichtig gemacht, so muss der Bedachte beweisen, dass der Beschwerte das bedingte oder befristete Recht schuldhaft vereitelt oder beeinträchtigt hat[18]).

B. Das B.G.B. hat als Hilfsmittel zur richtigen Auslegung des Begriffs der Unmöglichkeit für zweifelhafte Fälle in den §§ 2172, 2173 und 2175 einige Anhaltspunkte gegeben, welche allerdings nur „im Zweifel“ (§ 2172 Abs. 2, § 2173)[19]), d. h. also, falls eine andere Auffassung nicht mehr Wahrscheinlichkeit für sich hat, als Gesetz gelten sollen.

1. Danach „gilt“ die Leistung einer vermachten Sache auch gemäss § 2172 unter gewissen Voraussetzungen „als unmöglich“.

Dieser Paragraph bestimmt für den Fall, dass die vermachte Sache durch Verbindung, Vermischung oder Vermengung mit

---

[16]) „Für die Zeit zwischen dem Erbfall und dem Anfalle des Vermächtnisses finden in den Fällen der §§ 2177, 2178 die Vorschriften Anwendung, die für den Fall gelten, dass eine Leistung unter einer aufschiebenden Bedingung geschuldet wird.“

[17]) Der praktische Unterschied liegt, wie Planck, a. a. O. zu § 2171 unter 2 S. 350 hervorhebt, in der Verteilung der Beweislast; denn wenn §§ 275 ff. zur Anwendung kämen, hätte der Beschwerte auch noch zu beweisen, dass er die Unmöglichkeit der Leistung nicht zu vertreten hat.

[18]) Planck, a. a. O.; v. Staudinger V S. 404 unter III.

[19]) „Also nur mit präsumtiver, nicht mit fiktiver Kraft“, Kleineidam, S. 63. Ohne diese präsumtive Fassung giebt § 2288 Abs. 1 eine ähnliche Auslegungsvorschrift bezüglich der durch **Erbvertrag** angeordneten Vermächtnisse.

einer anderen verändert worden ist oder dass sie durch Verarbeitung oder Umbildung zu einer ganz neuen geworden ist (sog. Spezifikation)[20]) Folgendes:

„Die Leistung einer vermachten Sache gilt auch dann als unmöglich, wenn die Sache mit einer anderen Sache in solcher Weise verbunden, vermischt oder vermengt worden ist, dass nach den §§ 946 bis 948 das Eigentum an der anderen Sache sich auf sie erstreckt oder Miteigentum eingetreten ist, oder wenn sie in solcher Weise verarbeitet oder umgebildet worden ist, dass nach § 950 derjenige, welcher die neue Sache hergestellt hat, Eigentümer geworden ist.

Ist die Verbindung, Vermischung oder Vermengung durch einen Anderen als den Erblasser erfolgt und hat der Erblasser dadurch Miteigentum erworben, so gilt im Zweifel das Miteigentum als vermacht; steht dem Erblasser ein Recht zur Wegnahme der verbundenen Sache zu, so gilt im Zweifel dieses Recht als vermacht. Im Falle der Verarbeitung oder Umbildung durch einen Anderen als den Erblasser bewendet es bei der Vorschrift des § 2169 Abs. 3.“

Man hat hiernach einerseits die durch die angezogenen Bestimmungen der §§ 976 ff.[21]) sich ergebenden einzelnen

---

[20]) Vgl. hierzu Motive Band V S. 156, 157: „Wird auf den vermutlichen Willen des Erblassers gesehen, so erscheint es angemessen, die Spezifikation dem Untergange gleichzustellen.“ (Motive zu § 1854 des Entwurfs I.) Dasselbe nehmen die Motive, wie sich aus der Gleichstellung beider Fälle ergiebt, auch bezüglich der Vermischung und Vermengung an. Vgl. darüber die ausführliche Darstellung bei Kleineidam, a. a. O. S. 51 ff.

[21]) In diesen in Bezug genommenen Paragraphen wird behandelt: in § 946 die Verbindung einer beweglichen Sache mit einem Grundstück, in § 947 die Verbindung beweglicher Sachen mit einander, in § 948 die Vermischung oder Vermengung beweglicher Sachen und endlich in § 950 die Herstellung einer neuen beweglichen Sache durch Verarbeitung oder Umbildung eines oder mehrerer Stoffe.

Die am Ende dieses § 2172 angezogene Vorschrift des § 2169 Abs. 3 lautet: „Steht dem Erblasser ein Anspruch auf Leistung des vermachten Gegenstandes oder, falls der Gegenstand nach der Anordnung des Vermächtnisses untergegangen oder dem Erblasser entzogen worden ist, ein Anspruch auf Ersatz des Wertes zu, so gilt im Zweifel der Anspruch als vermacht.“

Hier kommt der Gesichtspunkt der sogen. ademptio legati (l. 6 D. 34,2; Dernburg, Pand. Bd. III § 106 No. 2), d. h. also einer stillschweigenden Aufhebung des Vermächtnisses durch den Erblasser zum Vorschein. Kleineidam, S. 58 ff., v. Staudinger V S. 404. Vgl. Prot. II S. 6904, Motive Bd. V S. 153.

Kombinationen auseinander zu halten und andererseits zu unterscheiden, ob die Änderung durch den **Erblasser** selbst oder durch einen **Anderen** vorgenommen worden ist.[22])

2. Als Ausnahmen von dem bisher erörterten Prinzip der Unwirksamkeit einer unmöglichen Vermächtnisleistung giebt das B.G.B. sodann in §§ 2173 und 2175 mehrere Auslegungsregeln, welche sich auf das sog. Forderungsvermächtnis[23]) beziehen.

So schreibt § 2173[24]) vor:

> „Hat der Erblasser eine ihm zustehende Forderung vermacht, so ist, wenn vor dem Erbfalle die Leistung erfolgt und der geleistete Gegenstand noch in der Erbschaft vorhanden ist, im Zweifel anzunehmen, dass dem Bedachten dieser Gegenstand zugewendet sein soll. War die Forderung auf die Zahlung einer Geldsumme gerichtet, so gilt im Zweifel die entsprechende Geldsumme als vermacht, auch wenn sich eine solche in der Erbschaft nicht vorfindet."

Diese Bestimmungen[25]) stellen eine Ausnahme von der allgemeinen Regel des § 2171 dar[26]). Denn nach derselben müsste das Vermächtnis einer durch Erfüllung vor dem Erbfall bereits erloschenen Forderung wegen Unmöglichkeit der Leistung unwirksam sein. (Vergl. hierzu l. 11 § 3 D. 32.)

Zu bemerken ist hierbei, dass § 2173 indessen ebenfalls gewisse Voraussetzungen[27]) für seine Giltigkeit enthält, und zwar:

---

[22]) Eine Erörterung der sich alsdann im Einzelnen ergebenden verschiedenartigen Sachlage würde hier zu weit führen, weshalb wir auf die sehr detaillierte Zusammenstellung sämtlicher möglichen Kombinationen bei Planck, zu § 2172 S. 351, 352 und auf die eingehende Darstellung von Kleineidam, a. a. O. S. 52, 53 sowie Staudinger, V S. 403, 404 hiermit verweisen.

[23]) Vgl. v. Staudinger, V S. 405 unter 1; Matthias, II S. 486 unter E.

[24]) Derselbe bildet übrigens auch ein Gegenstück zu dem § 2169 Abs. 3 (Planck, Bd. V S. 353). Vgl. über diesen die Anm. 21.

[25]) welche aber nur „im Zweifel" gelten, also vorbehaltlich eines gegenteiligen Willens des Erblassers.

[26]) Mit Unrecht hat u. E. Kleineidam, a. a. O. S. 63 auch für § 2172 Abs. 2 eine Ausnahme von der Grundregel des § 2171 konstruiert. Vgl. dens. auch S. 64, 65, 66. Planck, V S. 350 ff. hat nur bezüglich der §§ 2173 und 2175 Ausnahmen von jener Regel aufgestellt. Vgl. auch Staudinger, V zu § 2173 unter 1.

[27]) Im Einzelnen vgl. hierüber Planck, a. a. O. zu § 2173 S. 353.

a) Der geleistete Gegenstand[28]) muss zur Zeit des Erbfalls noch in der Erbschaft vorhanden sein.

b) Die Forderung muss dem Erblasser zustehen.

3. Eine fernere Auslegungsregel für das Vermächtnis einer Forderung finden wir in § 2175 B.G.B., welcher besagt:

> „Hat der Erblasser eine ihm gegen den Erben zustehende Forderung oder hat er ein Recht vermacht, mit dem eine Sache oder ein Recht des Erben belastet ist, so gelten die infolge des Erbfalls durch Vereinigung von Recht und Verbindlichkeit oder von Recht und Belastung erloschenen Rechtsverhältnisse in Ansehung des Vermächtnisses als nicht erloschen."

a) Auch durch diese Vorschrift ist wieder eine Ausnahme von der allgemeinen Regel des § 2171 geschaffen[29]). Denn „da ein unmittelbarer Übergang des vermachten Gegenstandes auf den Bedachten nicht stattfindet (§ 2174)[30])", so müsste eine dem Erblasser gegen den Erben zustehende Forderung oder ein dingliches Recht des Erblassers an einer Sache oder einem Rechte des Erben als Vermächtnis infolge des Erlöschens durch Vereinigung wegen Unmöglichkeit der Leistung unwirksam sein[31]).

b) Demgegenüber ist nun in § 2175 gerade festgesetzt, dass die infolge des Erbfalls durch **Vereinigung** von Recht und Verbindlichkeit (sog. Konfusion) oder von Recht und Belastung (sog. Konsolidation) erloschenen Rechtsverhältnisse in Ansehung des Vermächtnisses als **nicht** erloschen gelten sollen. (Vergl. v. Staudinger V zu § 2175 unter 1b).

---

[28]) mit Ausnahme einer Geldsumme. Vgl. Satz 2.

[29]) Eswas von diesen Ausnahmebestimmungen durchaus Verschiedenes ist dagegen der in § 2150 B.G.B. behandelte Fall des Vorausvermächtnisses: „Das einem Erben zugewendete Vermächtnis (Vorausvermächtnis) gilt als Vermächtnis auch insoweit, als der Erbe selbst beschwert ist."

Danach soll im Gegensatz zu der bekannten Regel des röm. Rechts: „Heredi a semet ipso legatum dari non potest" (l. 116 § 1 D. de leg. I (30)) also das Vorausvermächtnis als Vermächtnis auch insoweit gelten, als der Erbe selbst beschwert ist.

[30]) Planck. a. a. O. zu § 2175 S. 358.

[31]) weil eben an sich die Forderung bezw. das Recht durch Vereinigung sofort erlöschen würde.

II. Die teilweise Unmöglichkeit der Vermächtnisleistung.

Ist die auferlegte Vermächtnisleistung nicht ganz, sondern nur **teilweise** unmöglich, dann kommt auch hier wiederum der allgemeine § 139 B.G.B. zur Anwendung.

1. Einerseits nämlich unterliegt es nicht dem geringsten Zweifel[32]), dass das Vermächtnis als ein gewöhnliches Schuldverhältnis anzusehen ist, und andererseits darf man an dem in § 139 gebrauchten Ausdruck „nichtig“ gegenüber der durch § 2171 festgesetzten Unwirksamkeit um deswillen keinen Anstoss nehmen, weil diese im wesentlichen dieselben Wirkungen äussert wie die Nichtigkeit[33]).

2. Das Vermächtnis bleibt demnach insoweit giltig, als es geleistet werden kann, wenn anzunehmen ist, — was im Allgemeinen leicht ersichtlich sein dürfte —, dass der Erblasser es auch ohne den nichtigen Teil angeordnet haben würde[34]). Andernfalls ist das ganze Vermächtnis unwirksam.

§ 16. Andere einseitige Schuldverhältnisse.

Es bleibt nun noch eine kurze Betrachtung über den Einfluss der Unmöglichkeit bei den übrigen einseitigen Schuldverhältnissen des B. G. B. übrig.

Als solche kommen — abgesehen von den auf gesetzlichen Entstehungsgründen beruhenden Obligationen — nur die wenigen einseitigen Willenserklärungen in Frage, welche nicht empfangsbedürftig sind, nämlich die Stiftung (§§ 80 ff.), die Auslobung (§§ 657 ff.) und die Schuldverschreibungen aus Inhaberpapieren (§§ 793 ff.).

---

[32]) Siehe oben Anm. 1 von § 15.

[33]) Planck, I S. 146 Vorb. zu §§ 104 ff. VII unter 3.
Ausserdem geht u. E. auch schon aus dem Umstande, dass die Bestimmung des § 139 in den allgemeinen Teil des B.G.B. gestellt ist, ganz klar hervor, dass dieser Paragraph für alle möglichen Arten von Rechtsgeschäften zur Anwendung gelangen kann. Ebenso Enndemann, a. a. O. Bd. I § 60.

[34]) In entsprechender Weise kann an dieser Stelle auch § 265 B.G.B. herangezogen werden; denn wie bereits oben (Anm. 1 dieses Paragraphen) festgestellt, ist nach § 2174 das Vermächtnis ein Schuldverhältnis im Sinne des § 241 B.G.B. Bei alternativen Vermächtnissen würde sich darnach also im Falle ursprünglicher Unmöglichkeit der einen Vermächtnisleistung die Vermächtnisverpflichtung auf die übrigen Leistungen beschränken.
Vgl. Kleineidam, a. a. O. S. 62.

1. Bezüglich der auf Gesetzesvorschrift beruhenden einseitigen Verpflichtungen ist nochmals zu erwähnen, dass das B. G. B. darüber keine Bestimmung enthält[1]), weil — wie Planck a. a. O. II. S. 47 unter a) bemerkt — vorausgesetzt werden muss, dass das Gesetz niemals eine objektiv unmögliche Leistung vorschreiben wird[2]).

2. Auch bezüglich der übrigen, auf dem einseitigen Verpflichtungswillen des Schuldners beruhenden Schuldverhältnisse ist eine besondere Regelung des Einflusses der Unmöglichkeit vom Gesetz nicht getroffen worden, und zwar hier aus dem einfachen Grunde nicht, weil die Wirkungen der Unmöglichkeit bei diesen Schuldverhältnissen sich in derselben Weise äussern, wie bei den Schuldverhältnissen aus Verträgen[3]). (Kleineidam a. a. O. S. 80).

Diese Gleichstellung der einseitigen Verbindlichkeiten mit den Schuldverhältnissen aus Verträgen[4]) war vom Entwurf erster Lesung sogar ausdrücklich und ganz allgemein in § 343 durch die Vorschrift[5]) statuiert worden:

> „Wird ein einseitiges Versprechen von dem Gesetze als verbindlich anerkannt, so finden auf das daraus entstehende Schuldverhältnis die für Schuldverhältnisse aus Verträgen geltenden Grundsätze entsprechende Anwendung, soweit nicht das Gesetz ein anderes bestimmt."

---

[1]) S. oben § 10 S. 74 zu Anm. 3 dieser Abhandlung.

[2]) Vgl. Mommsen, a. a. O. S. 104, woselbst er sagt: „Gesetze, welche etwas Unmögliches vorschreiben, haben wir nicht".

Dass eine solche auf Unmögliches gerichtete gesetzliche Verpflichtung, falls es eine solche gäbe, von selbst sofort unwirksam sein würde, geht aus Motive Bd. II S. 45 u. Prot. II S. 631 und S. 904 hervor. Vgl. Kleineidam, S. 83.

[3]) und deshalb vorkommenden Falls also auch hier die entsprechenden Grundsätze der §§ 306 ff. in Verbindung mit § 139 B.G.B. analog anzuwenden sind. Vgl. auch oben S. 26 und S. 31 Anm. 19.

[4]) Vgl. oben § 12 I unter 4 dieser Abhandlung.

[5]) Diese Vorschrift des Entwurfs I wurde dann bei der zweiten Lesung als selbstverständlich gestrichen. (Prot. II S. 8429.)